



Título original: We The People II. Transformations, Harvard University Press, 1998

Primera edición: octubre de 2017
Título: We The People II. Transformaciones
Autor: Bruce Ackerman
Traducción: Josep Sarret Grau
Maquetación y diseño de cubierta: Traficantes de Sueños [taller@traficantes.net]
Dirección de colección: Carlos Prieto del Campo y David Gámez Hernández
Edición:
IAEN-Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador
Av. Amazonas N37-271 y Villalengua esq.
Edificio administrativo, 5º piso. Quito - Ecuador
Telf: (593) 2 382 9900, ext. 312
www.iaen.edu.ec
editorial@iaen.edu.ec
Traficantes de Sueños
C/ Duque de Alba, 13. 28012, Madrid.
Tlf: 915320928. [e-mail:editorial@traficantes.net]
Impresión:
Cofás artes gráficas
ISBN: 978-84-947196-3-9
Depósito legal: M-26072-2017

WE THE PEOPLE II
TRANSFORMACIONES

BRUCE ACKERMAN

TRADUCCIÓN:

JOSEP SARRET GRAU

prácticas cOnstituyentes



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

traficantes de sueños

ÍNDICE



Para Susan

AGRADECIMIENTOS

Normalmente escribo los libros de la forma en que suelen leerse, empezando por el principio, y avanzando con más o menos dificultades hasta el final. Pero este libro es una excepción. Tras esforzarme durante meses con el primer capítulo de *We the People* sin conseguir apenas más que un incremento de mi pesimismo, decidí aceptar el consejo de mi esposa y empezar por la mitad. Me sumergí en la historia de la Reconstrucción, primero, y del *New Deal* después. Cuatro años más tarde, tenía en mis manos un largo manuscrito que exploraba muchas cuestiones olvidadas pero en el que no quedaba nada clara la perspectiva de conjunto. Con un sentimiento muy parecido a la desesperación, guardé el manuscrito y traté de escribirlo de nuevo de la forma acostumbrada, es decir, desde el principio.

El resultado fue *Fundamentos*, el primer volumen de esta obra. Los años que había pasado consultando las fuentes no fueron en vano. Ahora estaba en condiciones de describir el bosque además de los árboles, y podía desarrollar los temas principales de mi proyecto sin demasiadas distracciones.

Pero la hora de la verdad no podía postergarse indefinidamente: en *Fundamentos* había muchas afirmaciones históricas polémicas, y yo estaba obligado a demostrarlas si quería ser tomado en serio. Retomé con cierta inquietud mis manuscritos históricos. Releyéndolos, quedé impresionado por la cantidad de investigaciones relevantes que no había siquiera intentado. ¿Estaba en condiciones de hacer este trabajo?

Los últimos cinco años han sido intelectualmente exigentes y soy muy consciente del papel crucial que han desempeñado mis compañeros de discusión. Neal Katyal y David Golove fueron dos colaboradores maravillosamente preparados. La medida exacta de su contribución puede verse en dos publicaciones: B. Ackerman y N. Katyal, «Our Unconventional Founding», [*University of Chicago Law Review*, vol. 62, núm. 2, 1995], y B. Ackerman y D. Golove, *Is NAFTA Constitutional?*, 1995. Otros estudiantes, como Michael Aprahamian, Lynda Dodd, Rachel Harmon, Stephen Keogh, Mahmood Mabood, Cynthia Powell, Jon Shepard, Greg Silverman, Michael Splete y Jan Trafimow hicieron importantes contribuciones en

calidad de ayudantes de investigación. Gene Coakley, como siempre, proporcionó una ayuda inestimable desvelando los recursos de las bibliotecas de Yale. Durante años, mis amigos historiadores me han ofrecido orientación. Bob Cover y Bill Nelson me prestaron una ayuda muy necesaria durante los primeros años. Richard Friedman revisó un primer borrador de los capítulos sobre el *New Deal*; y lo propio hicieron Michael Les Benedict y Eric Foner en los de la Reconstrucción, y Jack Rakove y Henry Monaghan en los relativos a la Fundación. Me resulta imposible enumerar la deuda que he contraído con todos los demás amigos que han sufrido las consecuencias de un proyecto que no ha dejado de crecer en quince años. Solo ellos saben hasta qué punto me han ayudado.

Volviendo a las instituciones, las facultades de Derecho de Columbia y Yale me concedieron una cantidad tremenda de libertad para impartir cursos que me permitieron explorar a fondo muchos de los temas aquí tratados. Los decanos Benno Schmidt y Barbara Black, en Columbia, y Guido Calabresi y Tony Kronman, en Yale, no escatimaron esfuerzos para ayudarme. Además de los permisos para investigar que me proporcionaron mis universidades, recibí también la ayuda de dos institutos de investigación: el Wissenschaftkolleg de Berlín y el Woodrow Wilson Center de Washington. El año que pasé en Berlín fue incluso demasiado tentador, lo que me animó a escribir un libro, *The Future of Liberal Revolution*, que demoró la publicación de este volumen. Sin embargo, mientras estuve en Berlín pasé mucho tiempo repensando *Transformaciones*, lo que a la larga fue beneficioso. El año académico que pasé en el Woodrow Wilson Center en 1995-1996 me dio la oportunidad de reducir mis manuscritos históricos, que habían crecido desproporcionadamente, a unas dimensiones razonables. Por último, pero no lo menos importante, mis secretarias Joan Pacquette-Sass y Jill Tobey se ocuparon de un sinfín de tareas sin las cuales hubiera sido imposible terminar este libro.

Como se deduce de lo que acabo de decir, soy un tipo afortunado. Espero que este libro cancele parcialmente la enorme deuda que he contraído con las instituciones y con el país que lo han hecho posible.

* * * * *

He incluido en este libro versiones revisadas de algunos materiales ya publicados anteriormente. Partes del capítulo 1 aparecieron con el título de «Higher Lawmaking?» en *Responding to Imperfection* (Princeton, Princeton University Press, 1995), editado por Sanford Levinson; partes de los capítulos 2 y 3 en Bruce Ackerman y Neal Katyal, «Our

Unconventional Founding» (*University of Chicago Law Review*, vol. 62, núm. 2, 1995, pp. 475-573); y partes del capítulo 13 aparecieron con el título «Transformative Appointments» en la *Harvard Law Review*, vol. 101, pp. 1164-1184, 1988. Estas secciones se han reimpreso con el amable permiso de los editores originales.

PRIMERA PARTE
EN EL PRINCIPIO

I
LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DE CARÁCTER SUPERIOR

La voz profética

Mis queridos conciudadanos estadounidenses, no vamos por el buen camino. Vamos a la deriva. Nuestros líderes están en una situación comprometida. Han perdido de vista cuáles son los objetivos básicos del gobierno.

Ya es hora de que tomemos el futuro en nuestras manos. Todos y cada uno de nosotros nos hemos beneficiado mucho de vivir en Estados Unidos. ¿Podemos permanecer ociosos mientras esta gran nación va a la deriva?

No. Hemos de unirnos en un movimiento en pro de la renovación nacional, aunque esto signifique que tenemos que hacer sacrificios. No pararemos hasta que nuestra voz sea oída por el gobierno.

El Pueblo ha de retomar el control de su gobierno. Hemos de actuar con decisión para adecuar la ley a la promesa de la vida estadounidense.

* * * * *

Desde que los primeros ingleses colonizaron América, esta voz no ha dejado nunca de hacerse oír. Nunca ha pasado mucho tiempo sin que oyéramos sus diagnósticos sobre la decadencia y sus llamadas a la renovación. Para bien o para mal, no cabe hablar de silencio: no hay forma alguna de proclamar que nuestra generación ha llegado a la tierra prometida. Los estadounidenses han llegado a ser demasiado diversos, demasiado libres, para suponer que su lucha por la identidad nacional vaya a terminar antes de la muerte de la República. Si el futuro es como el pasado, ¿cambiará la sustancia de nuestra responsabilidad colectiva? ¿Y cambiará para bien?

Y sin embargo, la voz se seguirá haciendo oír, convocando a los estadounidenses a repensar y revitalizar sus compromisos fundamentales, a recuperar el gobierno en nombre del Pueblo. Es de esta voz de lo que vamos a ocuparnos aquí, así como de la actitud característica que han cultivado

los estadounidenses respecto a ella. Si bien hace tiempo que hemos aprendido a vivir entre profetas, no hemos aprendido a amarlos.

Hablar es fácil. Una cosa es que unos autoproclamados salvadores pidan la renovación nacional y otra muy distinta convencer a millones de estadounidenses comunes que colaboren a redefinir el objetivo nacional. Muchos son los llamados y pocos los escogidos para hablar con la autoridad de Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos.

La reacción normal de los estadounidenses ante la afirmación de ciertos políticos de tener un «mandato» popular es una reacción de incredulidad, no de compromiso. La autoridad para hablar en nombre del Pueblo no puede darse por supuesta a la ligera. Es preciso ganársela con años de trabajo en el ámbito político: argumentando, movilizando, reclutando un compromiso cada vez más amplio en pro de una compresión revitalizada del bien común. Incluso movimientos relativamente exitosos han tenido una suerte diferente. Algunas veces los estadounidenses han respondido a las llamadas apasionadas a la renovación reafirmando el *statu quo*; otras veces, adoptando enmiendas constitucionales importantes pero intersticiales; y otras, refrendando transformaciones morales radicales en el significado de la Unión.

Las vicisitudes y los azares de los siglos han hecho algo más que reconfigurar la sustancia de la identidad política. Han redefinido los procesos constitucionales por medio de los cuales los estadounidenses han hecho suya la voz profética. Las primeras proclamas en pro de la renovación espiritual se expresaron con los acentos explícitos del cristianismo protestante[1]. Pero desde la Revolución y la Fundación, el debate nacional se ha producido principalmente en términos seculares. El sistema constitucional no ha permitido movimientos transformadores que excomulgasen a los opositores en nombre de un Dios celoso. Ha requerido que los aspirantes a portavoces del Pueblo se enfrentasen a las dudas escépticas de sus oponentes; para darles la oportunidad de movilizar a sus propios seguidores. Solamente cuando los reformadores han presentado su iniciativa repetidamente en asambleas deliberativas y en elecciones populares, la Constitución les ha concedido finalmente la autoridad solemne de revisar los fundamentos de nuestro sistema de gobierno en nombre de Nosotros, el Pueblo.

Plantearé dos cuestiones relativas a este extraordinario proceso de definición, debate y decisión democráticos. ¿Cómo ha funcionado en el pasado? ¿Cómo ha de funcionar en el futuro?

---

[1] Véase Sacvan Bercovitch, *The American Jeremiad*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1978; Robert Ferguson, *The American Enlightenment*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1996; Perry Miller, *Errand into Wilderness*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1956.

Fundamentos

Estas cuestiones son especialmente significativas en Estados Unidos. La Constitución de este país se centra con una intensidad especial en aquellos raros momentos en los que los movimientos transformadores consiguen un apoyo amplio y profundo a sus iniciativas. Cuando un movimiento reformista sobrevive a su período de prueba, la Constitución trata de garantizar que sus iniciativas ocupen un lugar perdurable en la futura vida política. Los políticos electos no podrán cuestionar fácilmente los compromisos solemnes del Pueblo por medio de la legislación ordinaria. Si pretenden revisar principios preexistentes tendrán que apelar de nuevo al Pueblo y conseguir el respaldo popular profundo, amplio y contundente que obtuvieron movimientos anteriores durante sus propios períodos de puesta a prueba institucional.

El énfasis puesto en los momentos de éxito de la renovación popular movilizada distingue a la Constitución estadounidense de la mayoría de constituciones del mundo moderno. Impulsa un sistema característico de gobierno que implica la construcción de dos vías de producción normativa. La vía de producción normativa ordinaria la diseña el sinfín de decisiones tomadas en ausencia de un sentimiento mayoritario movilizado y políticamente consciente. El sistema de producción normativa de carácter superior impone unas pruebas especialmente rigurosas a los movimientos políticos que esperan obtener el elevado sentido de legitimidad democrática otorgado a los portavoces por Nosotros, el Pueblo. Cuando este sistema de doble vía funciona bien alienta a los americanos a distinguir entre las decisiones ordinarias tomadas por el gobierno y los juicios meditados que hace el Pueblo. Tengo muy presente esta aspiración característica cuando describo a Estados Unidos como una democracia dualista.

Fundamentos, el primer volumen de esta serie, situaba el origen histórico del dualismo en la experiencia revolucionaria de la generación fundacional. Washington, Madison y los demás artífices revolucionarios podían haber seguido el juego político normal de acuerdo con las reglas establecidas por el Imperio británico. Se negaron a hacerlo, pero no fueron premiados con la vida de frustración, exilio y muerte que acompaña habitualmente al rechazo revolucionario. Tras años de arduos esfuerzos, vivieron para ver cómo la mayoría de sus compatriotas respaldaban su visión de una unión federal, aunque solo después de un difícil y complejo proceso de ratificación constitucional. No es nada sorprendente, por lo tanto, que creyeran haber conseguido algo especial. Tampoco estaban dispuestos a consentir que sus grandes logros se viesen erosionados por unos políticos que no habían conseguido ganarse la aprobación movilizada y reflexiva del Pueblo que caracterizaba (a sus ojos, al menos) su triunfo revolucionario. Como

hijos que eran de la Ilustración, utilizaron la mejor ciencia política de su tiempo para redactar una Constitución de doble vía, preparando de este modo el terreno para el futuro desarrollo de la democracia dualista.

Pasando de la historia a la filosofía, *Fundamentos* sostenía que el dualismo sigue teniendo sentido, incluso más, tal vez, que el que tenía hace dos siglos. Un proceso dualista responde a una complejidad característica en la forma que tiene el estadounidense moderno de concebir la política. Por un lado, la mayoría de nosotros somos conscientes de la responsabilidad que tenemos como ciudadanos, comentando los temas del día en casa y en el trabajo, pagando impuestos y yendo a votar. Por otro lado, dedicamos la mayor parte de nuestro tiempo y de nuestros esfuerzos a asuntos vitales más privados. La política normal es una actividad marginal que ha de competir con el deporte nacional, la última película y otras cosas por el estilo.

Pero en otros momentos la política puede pasar al primer plano con mucha fuerza. Los acontecimientos que hacen de catalizadores en el aumento de la conciencia política han sido tan diversos como la historia del país: guerras, desastres económicos o llamadas urgentes a la conciencia de la nación. Por las razones que sean, el discurso y la acción política empiezan a tener una urgencia y una amplitud de las que carecen la mayor parte del tiempo. Unos ciudadanos normalmente pasivos se vuelven más activos, discutiendo, movilizándose y sacrificando sus otros intereses en una medida que a ellos mismos les parece extraordinaria.

Este flujo y reflujo ha sido puesto de manifiesto por sociólogos e historiadores[2]. *Fundaciones* hizo de ello la base de un argumento normativo. El gobierno dualista es especialmente apropiado para una ciudadanía cuyo compromiso con la política varía sustancialmente de década en década, de generación en generación. Durante los períodos de política constitucional, el sistema de producción normativa de carácter superior alienta a una ciudadanía comprometida a centrarse en los temas fundamentales, y determina si una solución propuesta merece su respaldo meditado. Durante los períodos de política ordinaria, el sistema impide que la elite política destruya «a espaldas de la ciudadanía» los logros conseguidos con el esfuerzo del Pueblo exigiendo a los líderes que regresen al Pueblo y movilicen su apoyo meditado antes de que los principios fundacionales puedan ser revisados de una forma democrática.

Esta conclusión nos devuelve a las preocupaciones especiales del presente volumen. Exploraremos cómo las instituciones estadounidenses han operado de hecho para organizar el debate y la decisión popular durante

---

[2] Véase Albert Hirschman, *Shifting Involvements. Private Interest and Public Action*, Princeton, Princeton University Press, 1982; Arthur Schlesinger, *The Cycles of American History*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1986.

nuestros períodos más creativos de política constitucional. El objetivo es aprender lo que puede enseñarnos la historia acerca de las formas en que los estadounidenses han traducido la vertiginosa retórica de la política constitucional en los duraderos juicios de la norma superior. Solo cuando hayamos examinado los dos últimos siglos de práctica podremos mirar hacia el futuro: ¿está nuestro actual sistema de producción normativa de carácter superior en buenas condiciones? Y si no lo está, ¿cómo deberíamos reformarlo?

El relato profesional

Nuestra tarea exigirá un reexamen crítico de las herramientas que utilizamos para interpretar el pasado. Los estadounidenses modernos saben que su Constitución ha cambiado fundamentalmente durante los dos últimos siglos, aunque les han enseñado a conceptualizar estos cambios de una forma que los banaliza.

Los juristas son los más responsables de ello. Un día sí y otro también, los tribunales tratan de controlar a nuestros funcionarios electos más poderosos discerniendo el significado de unas decisiones tomadas en nombre del Pueblo hace uno o dos siglos. Aquello que se permiten ver en el pasado determina, en ocasiones dramáticamente, lo que todos nosotros podemos ver aquí y ahora. Es lo que yo llamo su relato profesional lo que dificulta la percepción del carácter distintivo de nuestra experiencia histórica.

El problema no supone la negación absoluta del cambio. Ningún juez, jurista o estudioso serio tiene dificultades en admitir que la Constitución actual es muy diferente de la versión de la misma que estaba en vigor en el siglo XVIII. Tampoco tiene dificultades para identificar cuáles han sido los períodos transformadores más decisivos. Si bien las doctrinas particulares son atribuibles a la labor de diferentes generaciones, dos períodos destacan. El primero es la reconstrucción de la Unión después de la Guerra Civil por el Partido Republicano. El segundo es la legitimación por parte de los Demócratas del gobierno nacional intervencionista durante la Gran Depresión y en el período posterior a la misma.

Igual que la Fundación original, ninguno de estos cambios radicales se produjo de la noche a la mañana. Cada uno de ellos fue precedido por una generación o más de agitación política que preparó el terreno para una década de cambio decisivo. En 1860 los constitucionalistas debatieron constantemente sobre la secesión de los estados y sobre la esclavitud en los territorios; en 1870 estos asuntos ya no eran abiertamente discutibles. Los sufrimientos de la Guerra Civil se habían convertido en nuevos significados constitucionales que configuraron el discurso legal durante generaciones.

La misma pauta –una prolongada crítica coronada por una década de transformaciones– sigue la legitimación constitucional del Estado del bienestar intervencionista. En fecha tan tardía como 1935, el poder del gobierno nacional para regular la economía estaba condicionado por una compleja serie de limitaciones constitucionales cuyo carácter concreto fue el eje de un incesante debate doctrinal. En 1941, esta intrincada red se había desintegrado y la Constitución permitía la intervención gubernamental en la vida económica y social. Los sufrimientos de la Gran Depresión habían provocado una revisión fundamental de la identidad constitucional.

Después de estas dos transformaciones, el gobierno estadounidense era muy diferente de cualquier cosa que los Fundadores hubiesen experimentado o previsto. *We the People* ya no es responsable de un sistema federal descentralizado que permitía a los hombres blancos perseguir sus intereses dentro de una economía de mercado. Los estadounidenses habían establecido un gobierno nacional poderoso, con una autoridad incuestionada, para garantizar la igualdad legal y el bienestar económico de todos sus ciudadanos.

Hasta aquí, ya lo sé, coinciden todos los estudiosos de la Constitución estadounidense: ciudadanos y especialistas, políticos y jueces. Cada vez que una nueva corriente de opinión adquiere prominencia política, la mente popular –por una especie de acto reflejo– recurre a estos grandes logros para calibrar la importancia del nuevo movimiento. La importancia constitucional de la presidencia de Ronald Reagan puede reducirse a una cuestión muy sencilla: ¿en qué medida consiguió llevar al pueblo estadounidense a repudiar el Estado del bienestar legitimado durante el *New Deal*? Lo mismo vale para el moderno movimiento en pro de los derechos civiles: ¿acaso no es hora ya de que el pueblo estadounidense haga efectiva la promesa de igualdad hecha después de la Guerra Civil?

Mi problema surge cuando pasamos de la sustancia constitucional al proceso de producción normativa de carácter superior: ¿cómo se las arreglaron los estadounidenses de los siglos XIX y XX para definir, debatir, y finalmente refrendar las propuestas transformadoras defendidas por sus respectivos partidos para la reforma constitucional?

El argumento existente

Los estadounidenses de hoy abordan esta cuestión desde una situación de gran desventaja. Las grandes luchas de la Reconstrucción están hoy más allá de la memoria de nuestros abuelos. La oscuridad se cierne en la actualidad sobre el *New Deal*. Los estadounidenses que vivieron la era de Roosevelt están desapareciendo a toda velocidad. El significado duradero de sus logros está hoy en manos de sus hijos y de sus nietos.

Aquí es donde los juristas han decepcionado a sus conciudadanos. Para valorar su acto colectivo de trivialización, considérese la teoría estándar que los juristas se cuentan a sí mismos acerca de la década de 1780. En todo caso, los constitucionalistas modernos están cada vez más preparados para reconocer el carácter verdaderamente revolucionario de la Fundación y para reflexionar sobre ello. La Convención de Filadelfia no se reunió en un estado de naturaleza lockeano, sino en un denso entorno legal establecido por las constituciones de trece estados unidos, mediante los Artículos de Confederación, en una «Unión perpetua». Si los Federalistas hubiesen seguido el juego definido por estos documentos fidedignos, su constitución habría sido decisivamente rechazada.

Los Federalistas respondieron afirmando su derecho a redefinir las reglas en nombre del Pueblo. Y de un modo aún más notable, la mayoría de sus oponentes aceptó la legitimidad de esta ruptura revolucionaria. Como se muestra en el siguiente capítulo, los Federalistas obtuvieron el consentimiento de sus oponentes, dado a regañadientes, utilizando viejas instituciones de una forma nueva para subrayar su afirmación de que hablaban en nombre del Pueblo. Este fascinante proceso de *adaptación no convencional* será el objeto central de nuestro estudio. Los estadounidenses deben su notable continuidad constitucional a su repetido éxito a la hora de negociar estas adaptaciones no convencionales durante sus crisis más graves como Pueblo.

Este punto se pierde en los debates académicos estándar sobre la Reconstrucción y el *New Deal*. Cuando los juristas modernos citan la abolición de la esclavitud proclamada en la Decimotercera Enmienda, y el compromiso con la igual protección y el proceso debido de la Decimocuarta no se detienen a considerar cómo estos grandes textos se convirtieron en parte de la Constitución. Simplemente asumen que los Republicanos de la Reconstrucción las promulgaron en forma de leyes en estricta conformidad con las disposiciones para llevar a cabo enmiendas constitucionales estipuladas por el Artículo Cinco de la Constitución de 1787.

El *New Deal* es tratado de modo aún más desdeñoso. Al menos los juristas están dispuestos a admitir que las enmiendas de la Guerra Civil cambiaron la ley sustantiva de una manera fundamental. Pero cuando se trata del *New Deal*, la historia que cuentan niega que tuviese lugar nada creativo. Tratan las luchas constitucionales de la década de 1930 como si fueran el producto de un error intelectual cometido por un puñado de magistrados conservadores en el Tribunal Supremo. Según el punto de vista dominante, las épicas batallas entre el Viejo Tribunal Supremo y el *New Deal* nunca tenían que haberse producido. El Tribunal tendría que haber cubierto al régimen de Roosevelt con el disfraz de los Padres Fundadores. Los magistrados mayoritariamente contrarios a Roosevelt del

Tribunal Supremo tenían que ser unos tontos o unos truhanes para utilizar la Constitución como arma contra el *New Deal*.

Si combinamos estas historias acerca de la Fundación, la Reconstrucción y el *New Deal*, el mensaje resultante es un declive sistemático de creatividad constitucional. Aparentemente, la transformación más radical del siglo XX se entiende mejor mediante el mito del redescubrimiento: no fue Franklin Roosevelt, sino James Madison, quien sentó las bases constitucionales del *New Deal*. Ni siquiera los cambios que siguieron a la Guerra Civil y a la Reconstrucción son entendidos como una segunda Revolución Americana. Vista desde un punto de vista legal, la Decimocuarta Enmienda no es diferente de la más banal de las enmiendas a nuestro texto sagrado. La última vez que el pueblo estadounidense practicó formas no convencionales de soberanía popular fue durante la Fundación.

Revisión: ¿una tercera vía?

Cada vez que un abogado sube al estrado para contar estas historias familiares acerca de la Fundación, la Reconstrucción y el *New Deal*, está presentando a los estadounidenses modernos como unos epígonos cansados carentes de toda experiencia en política constitucional triunfante. Este insulto sería aceptable si se basase en la verdad pura y dura. Pero si no es verdad, ¿por qué tendrían que seguir contando los juristas serios una historia de declive?

En esta serie de libros apunto muchas de las ventajas profesionales que pueden derivarse de una revisión del relato profesional dominante en este ámbito. Un nuevo enfoque clarificará muchos problemas modernos de interpretación constitucional; aportará nuevas ideas acerca de los dilemas interpretativos del pasado; abrirá nuevas fronteras de colaboración interdisciplinaria con historiadores, politólogos y filósofos. Pero todas estas ventajas para el especialista palidecen al lado de la cuestión más simple de la integridad[3]. ¿Pueden permitirse los juristas abusar de su poder y de sus particulares conocimientos para rebajar sistemáticamente la creatividad constitucional de sus conciudadanos?

Sería ingenuo basarse en esta sencilla cuestión para imponer una opinión. El relato recibido tiene una valiosa ventaja. Existe como una realidad cultural omnipresente en la vida del derecho, y no se puede derrotar a algo con nada. Si confiamos en hacer mejor las cosas, los constitucionalistas han de volver a las fuentes y descubrir que ellas cuentan una historia muy diferente. Revelan que tanto los Republicanos de la Reconstrucción como los

---

[3] Véase Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1986, para una elaboración útil de este concepto [ed. cast.: *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa 1988].

Demócratas del *New Deal* se negaron a seguir la senda para las enmiendas constitucionales trazada por sus predecesores. Igual que los Federalistas antes que ellos, estos reformadores validaron conscientemente sus iniciativas mediante una serie de llamadas institucionales no convencionales al Pueblo. Somos nosotros, no ellos, quienes hemos olvidado la verdad acerca del carácter revolucionario del esfuerzo que realizaron en el ámbito de la producción normativa de carácter superior.

Nuestra historia cuestionará dos puntos de vista familiares sobre el cambio constitucional. En el primero de estos dos puntos de vista, el rasgo más característico de la democracia estadounidense es la notable capacidad de resistencia de las «reglas del juego». La Constitución estadounidense es la más antigua del mundo, porque hemos permanecido notablemente fieles a los principios establecidos de la producción normativa democrática durante un período más prolongado que otras naciones más volubles.

Hay solo un problema con esta visión del consenso procedimental: es falsa. Ni los Federalistas de la Fundación, ni los Republicanos de la Reconstrucción ni los Demócratas del *New Deal* mostraron un respeto profundo por los modos establecidos de la revisión constitucional. Los cambiaron en el mismo proceso de transformación de la sustancia de los valores fundamentales: desde una confederación laxa a una unión federal, desde la esclavitud a la libertad, desde el *laissez-faire* al Estado regulador intervencionista.

Pero sus actividades revisionistas no encajan muy bien en un segundo marco familiar. Esta posición pone de relieve el carácter arbitrario de los actos de poder constituyente. Aquí es donde termina la ley y empieza la política pura (o la guerra): si los revolucionarios consiguen establecer una nueva constitución, sus actividades infractoras de las normas son irrelevantes; y si fracasan, pues fracasan[4].

Este simple relato no logra capturar el carácter específico de la historia estadounidense. La Fundación, la Reconstrucción y el *New Deal* fueron actos de autoridad constituyente. Pero no fueron meros actos de voluntad. Aunque ni los Federalistas, ni los Republicanos, ni los Demócratas siguieron una serie de reglas y principios bien establecidos, todos ellos experimentaron limitaciones institucionales muy poderosas en su autoridad revisionista. Buena parte de este libro describe el carácter de estas limitaciones. Empecemos por considerar una cuestión preliminar: si los participantes no fueran respetuosos con las normas legales establecidas, ¿por qué estarían dispuestos a respetar constricción legal alguna?

---

[4] Durante el siglo XX este punto de vista lo desarrolló de un modo muy convincente Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlín, Duncker und Humblot, 1928, sec. 8 [ed. cast.: *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2001], que de un modo nada sorprendente se convirtió en el principal apologista legal de los nazis.

Mi respuesta distingue entre lo que es un reto a unas normas bien establecidas y lo que es un reto a toda una tradición constitucional. Como ejemplo de este segundo asalto, considérese la Revolución bolchevique de 1917. Antes de que los comunistas se hiciesen con el poder en octubre, el anterior gobierno provisional había convocado elecciones para una asamblea constituyente cuya tarea era redactar una nueva constitución. Los bolcheviques dejaron que estas elecciones se celebrasen, solo para encontrarse después en minoría. En este momento afrontaron la cuestión de la revolución total: ¿tenían que disolver la asamblea constituyente y por consiguiente cortar los últimos lazos que les unían al pasado?[5].

Esta cuestión produjo mucha inquietud e indecisión entre los bolcheviques antes de que Lenin convenciera a sus camaradas para que disolvieran la asamblea y rompieran definitivamente con el viejo orden legal[6]. En vez de adaptarse a las instituciones y a las ideas constitucionales preexistentes para ampliar su base de apoyo y obtener respaldo, los leninistas optaron por la revolución total. Fundamentarían su nuevo régimen en instituciones –particularmente el Ejército Rojo y el Partido Comunista– que *no* tenían ninguna relación constitucional, por remota que fuese, con el sistema preexistente.

Pero no fue esto lo que sucedió en Estados Unidos en la década de 1780, ni en la de 1860 o en la de 1930. En cada uno de estos casos, los protagonistas no buscaban un rechazo radical sino una reforma revolucionaria del viejo régimen. Esta aspiración característica motivó una forma igualmente característica de práctica revisionista. Aunque el movimiento constitucional ascendente no respetó las normas establecidas para la revisión, tampoco pretendió destruir la totalidad de la matriz de las instituciones preexistentes. En vez de ello, construyó nuevos procesos de producción normativa de carácter superior a partir de las viejas instituciones, utilizándolas como plataformas para un argumento no convencional:

> Es cierto, no acatamos las viejas reglas y principios. Pero hicimos algo mejor. Derrotamos a nuestros oponentes una y otra vez en una serie de arduas batallas electorales en el seno de un gran número de instituciones legislativas. Es cierto que nuestras repetidas victorias no son equivalentes a una enmienda constitucional formal según los procedimientos existentes. Pero no hubiéramos salido vencedores en elección tras elección sin contar con el apoyo meditado de una mayoría movilizada del Pueblo Estadounidense. Afirmamos por consiguiente que nuestras repetidas victorias electorales e institucionales nos han proporcionado *un mandato del Pueblo* que nos autoriza a instaurar una nueva ley

---

[5] Véase E. H. Carr, *The Bolshevik Revolution, 1917-1923*, Nueva York, W. W. Norton and Co., 1950, pp. 109-120 [ed. cast.: *Historia de la Rusia soviética: la revolución bolchevique (1917-1923)*, Madrid, Alianza Editorial, 1972].

[6] *Ibid.*, p. 115.

> constitucional. Obligarnos a acatar los viejos procedimientos solo habría servido para que una minoría sofocase la voz viva del Pueblo manipulando legalismos que han perdido sus funciones subyacentes.

Este es un argumento difícil y peligroso, pero también un argumento que veremos utilizar a Madison, a Bingham y a Roosevelt en puntos de inflexión decisivos de la historia estadounidense. Antes de examinar su aplicación a momentos y lugares concretos, consideremos las condiciones especiales bajo las cuales los reformadores revolucionarios se vieron llevados a aceptar su lógica.

Estados Unidos es un país legalista. Cuando los reformadores intentan utilizar una táctica evasiva para saltarse algún principio o procedimiento establecido, están cediendo a sus oponentes un arma política muy poderosa. Previamente, los conservadores solamente podían quejarse del mérito sustantivo de la reforma. Ahora, en cambio, pueden presentarse a sí mismos como guardianes de la legalidad, y a sus oponentes como peligrosos demagogos dispuestos a atacar unos acuerdos constitucionales básicos en su afán incontrolado de hacerse con el poder.

Hombres como Patrick Henry, Andrew Johnson y Burton Wheeler hicieron sonar esta alarma al enfrentarse a los desmedidos intentos de Federalistas, Republicanos y Demócratas de promulgar una norma superior en nombre del Pueblo. Pero normalmente estos toques a rebato son innecesarios, pues su mera posibilidad basta para mantener a raya a los reformadores. En vez de ceder a sus oponentes un arma tan poderosa, los movimientos transformadores tratan de llevar a cabo sus objetivos en el marco del orden constitucional existente. Solo infringirán esta norma cuando el acatamiento continuado amenace con derrotar su agenda reformista.

La renuencia de los reformadores se verá reforzada por el carácter específico de su estrategia. No proponen destruir todas las instituciones del viejo régimen, sino que se embarcan en una forma notable de jiujitsu institucional. Confían obtener el apoyo repetido de un gran número de instituciones existentes pese a la incompatibilidad de su iniciativa de producción normativa de carácter superior con el sistema de revisión existente. Muchas de estas instituciones estarán inicialmente dominadas por conservadores profundamente comprometidos con la vieja legalidad. Para decirlo suavemente: no les apetecerá nada la perspectiva de ayudar a sus oponentes a cavar su propia tumba.

Todo esto significa que nuestros reformadores revolucionarios tienen que estar preparados para librar una batalla larga y difícil, una batalla que pueden finalmente perder. De todos modos, la historia pone de manifiesto la emergencia de temas comunes a partir de las batallas más

exitosas. El *leitmotiv* más persistente ha sido el nacionalismo: Federalistas, Republicanos y Demócratas se quejan todos ellos de que el sistema preexistente de revisión otorga demasiado poder a los estados y de que las iniciativas institucionales no convencionales son necesarias para expresar la voluntad constitucional de la nación.

Las llamadas de éxito a la soberanía popular también han sido cada vez más inclusivas con el paso del tiempo. La mayor parte de los Federalistas se sentían notablemente cómodos con la exclusión de los esclavos y de las mujeres de cualquier papel en la toma de decisiones constitucionales. Pero, como veremos, su invocación al Pueblo para que ratificase la Constitución fue notablemente inclusiva teniendo en cuenta la época y el lugar. Un impulso inclusivo es aún más evidente durante la Reconstrucción y el *New Deal*, cuando las apelaciones a los negros y a los trabajadores desempeñaron un papel crucial en la consolidación de las reformas revolucionarias.

Dado su nacionalismo inclusivo, los reformadores dispusieron de una respuesta poderosa a sus oponentes conservadores, que insistían en la estricta fidelidad a los procedimientos establecidos para la enmienda constitucional. Estos procedimientos, al fin y al cabo, habían sido ideados por los representantes de una época anterior que habían definido quién era Nosotros, el Pueblo de una forma que generaciones posteriores considerarían inaceptablemente estrecha. Ahora que la siguiente oleada de reformadores estaba preparada para revisar la definición anterior e incluir a muchos más de sus conciudadanos, ¿por qué habían de sentirse ligados por unos procesos de revisión heredados de un grupo mucho más reducido de estadounidenses en un pasado lejano? ¿No era justo y correcto revisar estos procedimientos si amenazaban con sofocar la voz de un Pueblo concebido de una forma más expansiva?

A esto respondían los conservadores diciendo que las acciones no convencionales de los reformadores provocarían un ciclo destructivo de incivilidad. Si el tejido constitucional se desintegraba, las facciones rivales abandonarían la empresa de hablar entre sí con un lenguaje común, y simplemente buscarían establecer su dominio sobre las demás mediante una violencia sin paliativos. Y esta situación solo acabaría con el establecimiento de una tiranía en la que un puñado de políticos ebrios de poder confundiría su propia voluntad arbitraria con la voluntad del Pueblo.

Aquí es donde los reformadores aprovecharon un aspecto notable de la tradición estadounidense. Para los estadounidenses, infringir la ley no implica necesariamente la anarquía. A veces se considera un gesto cívico de una enorme gravedad. Considérese el fenómeno de la desobediencia civil. Los objetores infringen la ley, pero niegan ser meros delincuentes. Aceptan ser castigados para simbolizar la profundidad de su compromiso con la

comunidad. Jugándosela personalmente, están pidiendo a sus conciudadanos que afronten la verdadera naturaleza de la justicia y que erijan un nuevo orden legal sobre una base más firme.

Infringiendo la ley encontraremos una ley superior. Esta idea paradójica tiene raíces evidentes en el cristianismo, pero los estadounidenses modernos se han apropiado de ella con una finalidad más secular, incluidos los propósitos más notables de que dan cuenta las páginas de este libro. Igual que la desobediencia civil, la actividad no convencional realza la seriedad del diálogo colectivo. Pero se produce en unas condiciones mucho más peligrosas, en unos momentos en los que el orden constitucional se está desbaratando. Y sin embargo, pese a todos los riesgos, las actividades revolucionarias de Federalistas, Republicanos y Demócratas no llevaron al caos, sino a un sentido renovado de que es realmente el Pueblo el que gobierna en Estados Unidos. Parte de este éxito se debe a la suerte, parte a la habilidad política individual y parte a otras circunstancias sociales. Pero también una parte se debe al carácter de la norma constitucional estadounidense, que siempre ha tenido un contenido mayor que el de una serie de reglas y principios formales. Nuestra tarea es sacar a la luz estas estructuras profundas y tratar de entender cómo operaron en el pasado y cómo pueden ordenar al futuro.

Más allá del Artículo Cinco

Termine donde termine nuestra historia, está muy claro dónde debería comenzar: el Artículo Cinco de la Constitución original proporciona a las futuras generaciones un conjunto especial de procedimientos para la enmienda constitucional. El sistema de la Fundación es vagamente familiar a todos los estadounidenses que han sobrevivido a los terrores de las clases de educación cívica en el instituto. Los futuros movimientos de política constitucional son invitados o bien a ganar el apoyo de las dos terceras partes de ambas cámaras del Congreso a favor de sus iniciativas, o a apelar a un procedimiento arduo que lleve a la convocatoria de una nueva convención constitucional. E incluso si los reformadores convencen al Congreso o a una convención para que respalden sus propuestas, todavía tienen que hacer frente a una segunda carrera de obstáculos. Tienen que obtener el consentimiento de las tres cuartas partes de los estados, actuando mediante asambleas legislativas o mediante convenciones. Solamente entonces autoriza explícitamente el Artículo Cinco a reformar la norma superior en nombre del Pueblo.

Como era de esperar, estas reglas no son tan claras como sugieren los textos de educación cívica del instituto. Pero yo quiero plantear una cuestión más fundamental: ¿deberían los estadounidenses leer el Artículo Cinco como si fuese una descripción de los únicos mecanismos que pueden

utilizar apropiadamente para proceder a una revisión constitucional en los albores del siglo XXI?

El texto no proporciona una respuesta a esta pregunta. Ninguna de sus ciento cuarenta y tres palabras dice nada como «esta Constitución solamente puede ser enmendada por medio de los siguientes procedimientos, y de ningún otro modo». El artículo hace que sus procedimientos sean suficientes, pero no necesarios, para la promulgación de una enmienda válida. Depende de nosotros, no del texto, decidir si hemos de convertir una condición suficiente en una condición necesaria y otorgar al procedimiento de la Fundación el monopolio sobre futuros desarrollos.

Dada la importancia de esta decisión, no debemos tomarla de un modo arbitrario. Buena parte del oficio de los juristas implica la resolución reflexiva de la indeterminación. Analizaremos toda la gama de las áreas interpretativas, desde la intención de los Artífices a las decisiones del moderno Tribunal Supremo. Para este esbozo introductorio, bastará con confrontar la lectura monopolística con el reto planteado por la Reconstrucción.

Unas matemáticas sencillas nos ayudarán a introducir el problema. Durante la década de 1860 nunca hubo más de treinta y siete estados en la Unión. Según los términos del Artículo Cinco, esto concedía un veto absoluto sobre las iniciativas constitucionales a cualesquiera grupos de diez estados, la cuarta parte más uno. Pese a la victoria de la Unión en la Guerra Civil, era muy fácil que dicho veto bloquease la asamblea. Había no menos de once estados que volvían a la Unión desde la antigua Confederación, así como varios estados del Norte que no pertenecían fiablemente a la columna republicana. Los que se oponían a los reformadores –que se contaban por millones tanto en el Norte como en el Sur– confiaban en la victoria siempre que las enmiendas constitucionales se procesasen de la forma prevista en el Artículo Cinco. Insistían en que los Republicanos siguiesen las reglas del juego acatando estrictamente los principios tradicionales, convencidos como estaban de que los Fundadores les habían dado unas cartas perdedoras.

Los líderes republicanos respondieron con inquietud y con inexorable determinación. Cuando la crisis constitucional alcanzó el punto culminante durante las discusiones sobre la Decimocuarta Enmienda, se negaron a permitir que la interpretación legalista que hacían sus oponentes del Artículo Cinco bloquease la Reconstrucción. En vista del espectacular reto planteado por los conservadores, obtuvieron el respaldo popular para llevar al sistema establecido más allá del límite. Solo de este modo consiguieron finalmente obtener la autoridad constitucional para validar la Decimocuarta Enmienda en nombre del Pueblo.

La segunda parte de este libro estará básicamente dedicada a establecer esta sencilla conclusión, pero si al lector le parece convincente, creo que

me habré ganado el derecho a rechazar la interpretación monopolística del texto de la Fundación. Al fin y al cabo, la Constitución original *no* monopoliza explícitamente los procedimientos susceptibles de ser utilizados por parte de futuras generaciones; efectivamente, como argumento en el siguiente capítulo, dicho monopolio es inconsistente tanto con la práctica de la Fundación como con su teoría de la soberanía popular. ¿Por qué hacer, entonces, una lectura de esta exigencia del texto a costa de deslegitimar la Decimocuarta Enmienda?

Yo argumentaré a favor de una lectura pluralista del texto de la Fundación, una lectura que haga posible su coexistencia armoniosa con la experiencia de la Reconstrucción. Los pluralistas entienden el sistema de enmiendas establecido en 1787 como un dispositivo facilitador, siempre disponible por si el pueblo estadounidense opta por utilizarlo. Pero se niegan a permitir que dicho sistema monopolice su visión legal. Si pretendemos hacer una interpretación *exhaustiva* de la norma moderna, hemos de ir más allá de la Fundación y considerar la Reconstrucción como un precedente fundamental en la ley en evolución de la producción normativa de carácter superior.

Esto significa, primero, que hemos de exponer los hechos relevantes de una forma lo más desapasionada posible: ¿qué problemas legales fundamentales afrontaron los Republicanos al utilizar el Artículo Cinco? Segundo, ¿cómo abordaron esos mismos problemas los presidentes, los congresistas, los tribunales y los votantes ordinarios? Tercero, ¿cómo se desarrollaron las respuestas individuales a problemas particulares hasta convertirse en grandes pautas de decisión constitucional? Al responder estas cuestiones alcanzaremos una cuarta fase, en la que podremos reflexionar acerca de las grandes pautas relativas a la toma de decisiones práctica que habremos considerado.

Esta cuádruple tarea exige mucho trabajo, pero resulta muy familiar a cualquier jurista competente. En principio no es diferente de la tarea que este podría realizar examinando los precedentes básicos que definen la ley de la libertad de expresión (o el derecho común relativo a los accidentes). Si hay algo característico en ello, tiene menos que ver con el método legal y más con los actores cuyos hechos y palabras están en el centro del análisis. Aunque las decisiones del Tribunal Supremo juegan un papel, más importante es el que desempeñan Presidentes y Congresos con sus intentos de obtener el apoyo del pueblo estadounidense en las elecciones generales. Estudiaremos los informes de los comités del Congreso, las proclamaciones presidenciales y las plataformas de las campañas electorales de los partidos con la misma meticulosidad que reservan habitualmente los juristas al análisis de los dictámenes del Tribunal Supremo.

Este cambio de orientación es natural si tenemos en cuenta la índole de la cuestión. Nuestro tema es la norma sobre la producción normativa de carácter constitucional, no la forma en que los tribunales y otras instancias han interpretado la ley una vez promulgada. ¿Cómo definieron, debatieron y decidieron los estadounidenses del siglo XIX qué propuestas de la Reconstrucción merecían ganar la autoridad de Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos?

Pautas de la Reconstrucción

Ante todo, los Republicanos cuestionaron el punto de vista de los Federalistas según el cual los estados tenían que ser un socio igual en el proceso de enmienda y con derecho a vetar cualquier innovación que no obtuviese su total aprobación. Durante el debate sobre la esclavitud, la Presidencia sirvió como el principal vehículo para el asalto republicano a esta premisa federalista. La Proclamación de la Emancipación por parte de Abraham Lincoln cambió el *statu quo* constitucional antes de que se propusiera formalmente la Decimotercera Enmienda, y el papel de Andrew Johnson fue no menos notable. El presidente Johnson no permitió a los estados del Sur suponer que la idea federalista original de una asociación igualitaria nación-estado era aplicable a su consideración de la Enmienda de la Emancipación.

El Presidente reestructuró fundamentalmente las condiciones bajo las cuales los estados del Sur habrían de considerar la Decimotercera Enmienda. Estas acciones infringían los principios federalistas originales, pero no llegaban a la coerción. No impidieron, por ejemplo, que Misisipi rechazase formalmente la Decimotercera Enmienda, pero bastaron para inducir a otros estados del Sur a dar su consentimiento reticente a esta gran iniciativa nacionalizadora a favor de la libertad universal. En líneas generales, el proceso de ratificación se describe mejor como un esfuerzo presidencialmente dirigido que reduce sin eliminarlo el papel de los estados, una ingeniosa combinación de viejas pautas federalistas y nuevas pautas presidenciales que culminaron en la proclamación en diciembre de 1865, por parte del secretario de Estado William H. Seward, que declaraba la Decimotercera Enmienda parte de nuestra norma superior.

Este precedente demostrará ser especialmente importante cuando analicemos el *New Deal*, que representa otro salto espectacular en el desarrollo del *modelo de liderazgo presidencial*. Cuando estudiemos la Decimocuarta Enmienda nuestro análisis adquirirá un matiz diferente. Johnson se negó a dar el apoyo de la Presidencia al compromiso de esta enmienda con la igual protección a los ciudadanos estadounidenses de todas las

razas. Oponiéndose a nuevas acciones no convencionales del frente de la producción normativa de carácter superior, inauguró una dramática batalla por el liderazgo nacional con el Congreso de la Reconstrucción. El resultado fue la elaboración de un *modelo de liderazgo del Congreso* en el que los Republicanos del Capitolio obtuvieron finalmente la aceptación del Presidente (y del Tribunal Supremo) a su afirmación de que la Decimocuarta Enmienda era una expresión válida de Nosotros, el Pueblo.

El proceso no convencional evolucionó en cinco fases. Durante la mayor parte de 1866, el Congreso y el Presidente se enfrentaron en una batalla que acabó en tablas desde sus respectivas ciudadelas a uno y otro lado de Pennsylvania Avenue: cada uno de ellos desafiando la autoridad de su antagonista para hablar de materias fundamentales en nombre de Nosotros, el Pueblo.

El primer período de tira y afloja indujo tanto al Presidente como al Congreso a transformar las siguientes elecciones regulares en uno de los mayores acontecimientos de producción normativa de carácter superior de la historia estadounidense. El liderazgo del Congreso propuso la Decimocuarta Enmienda como la plataforma desde la cual convocar al pueblo estadounidense a renovar su mandato. Andrew Johnson utilizó la Presidencia para movilizar al pueblo contra los Republicanos mediante la elección de conservadores competentes al Congreso que pudiesen rechazar la Decimocuarta Enmienda.

El resultado fue una victoria electoral decisiva del partido de la reforma revolucionaria. Esto inauguró la segunda fase del proceso. Los Republicanos regresaron al poder reivindicando tener un mandato del Pueblo a favor de la Decimocuarta Enmienda; los conservadores, encabezados por Johnson, negaron que el Pueblo hubiese hablado decisivamente. El Presidente alentó a diez estados del Sur a ejercer el derecho de veto que aparentemente les ofrecía el Artículo Cinco de los Federalistas. Esto puso al Congreso en una situación difícil, ya que estos gobiernos del Sur habían sido decisivos para dar a la Decimotercera Enmienda su mayoría de tres cuartas partes. Sin embargo, los Republicanos se negaron a permitir que las normas federalistas monopolizasen sus opciones legislativas. En vez de aceptar un veto del Artículo Cinco a la Decimocuarta Enmienda, ejercieron una acción no convencional para cumplir el mandato del Pueblo.

Esta táctica inauguró una tercera fase, que comportó un asalto no convencional a las instituciones discrepantes. Empezó con la Ley de la Reconstrucción de 2 de marzo de 1867, y prosiguió con el *impeachment* de Andrew Johnson un año más tarde. Durante este período el Congreso reclamó un mandato popular para destruir la autonomía de aquellas instituciones –los gobiernos del Sur, la Presidencia y el Tribunal Supremo– que

se oponían a la legitimación de la Decimocuarta Enmienda. Al mismo tiempo, los disidentes no se sentían coaccionados a doblar la cerviz ante las demandas del Congreso. Eran libres de resistir hasta la siguiente ronda electoral en 1868 con la esperanza de que los conservadores obtuviesen una victoria decisiva en las urnas.

Los disidentes eligieron el camino de la resistencia hasta que se enfrentaron a su momento de la verdad en marzo de 1868, cuando los votantes del Sur, los conservadores del Tribunal Supremo y Andrew Johnson en la Casa Blanca tomaron algunas de las decisiones capitales de nuestra historia. El acontecimiento central fue el proceso para el *impeachment* del Presidente, precipitado por el intento de Johnson de ralentizar la ratificación de la Decimocuarta Enmienda para que su validez pudiese ser un tema de campaña en las elecciones de 1868. ¿Continuaría el Presidente resistiéndose a la visión de la Unión que tenían los Republicanos, y a ganarse por ello la condena del Senado? ¿O trataría de salvar su presidencia negociando un «cambio a tiempo» por el que aceptaría la autoridad del Congreso para anular el veto del Sur al Artículo Cinco.

El Presidente eligió este último camino, inaugurando una cuarta fase, el «cambio a tiempo». Otros «cambios» prácticamente simultáneos en otras instituciones discrepantes permitieron igualmente preservar su autonomía institucional. A consecuencia de ello, se produjo una nueva situación institucional en los meses posteriores al proceso del *impeachment*. Tras varios años de intenso forcejeo, las tres ramas del poder en Washington, junto con los reconstruidos gobiernos del Sur, estaban convergiendo en la legitimidad de la Decimocuarta Enmienda.

Con el bosquejo de una solución republicana emergiendo de Washington DC, las elecciones de 1868 proporcionaron a los Demócratas otra oportunidad para denunciar la legitimidad constitucional de la Decimocuarta Enmienda. Pero el desafío demócrata tuvo un efecto contrario al que se buscaba. En vez de suscitar un nuevo debate sobre los principios primordiales, las elecciones de 1868 tuvieron un efecto de consolidación, dejando claro que la mayoría de estadounidenses querían llevar el período de la política constitucional turbulenta a su final. Con Grant reemplazando a Johnson en la Casa Blanca y los Republicanos controlando con firmeza el Congreso y el Tribunal, nadie tenía la autoridad para seguir agitando a la opinión pública acerca de las irregularidades constitucionales implícitas en la promulgación de las enmiendas de la Guerra Civil. Después de las elecciones de 1868, ya no se planteó más la cuestión de si estas eran legales; la cuestión que se planteó, en cambio, fue la de su significado y la de si los estadounidenses estarían a la altura de la promesa que representaban.

Resumiendo este proceso de cinco etapas en un esquema simple, tenemos:

> Punto muerto constitucional → Mandato electoral → Desafío a las instituciones discrepantes → Cambio a tiempo → Elecciones de consolidación.

Considérese cómo este esquema cuestiona algunas de las premisas básicas del modelo federalista del cambio constitucional. Como hemos visto, los Federalistas utilizaron la división de poderes entre el estado y la nación como bloque básico para la construcción del sistema de la Fundación: las nuevas enmiendas se forjarían mediante un proceso conjunto de toma de decisiones dominado por las asambleas popularmente elegidas en los dos niveles del gobierno. Y dado que este sistema amenazaba con sentenciar a la Decimocuarta Enmienda, los Republicanos dieron un nuevo uso constitucional a una segunda pieza fundamental, la separación de poderes. Para los Federalistas, la separación entre el Congreso, el Presidente y el Tribunal no jugaba ningún papel importante en la producción normativa de carácter superior; era simplemente un mecanismo para aprobar la legislación ordinaria dentro de los límites de la norma superior. Pero ahora se convertía en el medio por el cual cada contendiente ponía a prueba la afirmación del resto de tener un «mandato» decisivo del Pueblo respecto a las visiones rivales de la Unión. La Decimocuarta Enmienda se convirtió en norma superior solo porque el Congreso Republicano emergió victorioso de esta prueba. Fue la separación de poderes, no la división del poder, la que se convirtió en el gran motor de la producción normativa de carácter superior en el siglo XIX.

Una adaptación llevó a otra. Los protagonistas en la Casa Blanca y en el Capitolio recibieron poderosos incentivos para otorgar un nuevo significado plebiscitario a las elecciones nacionales. Las elecciones de 1866 son paradigmáticas, ya que ambos bandos tratan de acabar con el punto muerto obteniendo una victoria electoral decisiva. Pero las elecciones de consolidación de 1868 no fueron menos importantes. En ambos casos, las elecciones cambiaron decisivamente el equilibrio de legitimidad percibida, dotando a los vencedores de una nueva credibilidad en su afirmación de que el Pueblo había dado un apoyo amplio y rotundo a sus soluciones constitucionales.

Al juntar estas dos innovaciones interrelacionadas, la triunfante lucha por la Decimocuarta Enmienda introduce una nueva pauta nacionalista en nuestro repertorio de producción normativa de carácter superior, una pauta que complementa, pero no desplaza, el modelo federalista clásico. A diferencia de su predecesor, el modelo republicano contempla una dinámica constitucional dominada por un debate entre poderes rivales del gobierno nacional, que, de tener éxito, culmina con una serie de victorias electorales decisivas del movimiento transformador tras un período sostenido en el que su visión se ve sometida a una crítica tajante por parte de los poderes más conservadores.

Una vez recuperado este modelo, pasemos a la siguiente cuestión: ¿cómo van a utilizarlo los juristas? Los que han invertido fuerte en el relato profesional dominante pueden sentirse tentados por una estrategia de trivialización: «Hay algo sospechoso, es cierto, en la Decimocuarta Enmienda. Pero la Reconstrucción fue sin duda un momento excepcional, cuajado por las pasiones de la Guerra Civil. Fue el sacrificio y la sangre derramada en batallas como la de Gettysburg, y no el modelo nacionalista de cambio constitucional, lo que legitimó las enmiendas de la *Guerra Civil*. Sean cuales sean las anomalías que pueden haber acompañado a dichas enmiendas, no tienen ninguna relevancia para la empresa más amplia de la interpretación constitucional»[7].

Esta respuesta fácil permite a los juristas hacer las paces con la Reconstrucción, pero solo al precio muy elevado de la interpretación histórica. Lo único que estableció la victoria del ejército de la Unión fue el fracaso de la secesión. No estableció las condiciones de la reunificación, y ciertamente no estableció que la mayoría de estadounidenses apoyasen una iniciativa que fuese más allá de la Decimotercera Enmienda. Como entendieron muy bien los Republicanos, el Presidente Johnson hablaba en nombre de una buena parte de la población cuando rechazaba la promesa de la Decimocuarta Enmienda de protección igual a los estadounidenses negros. El reto consistía en organizar un proceso constitucional que llegase a una conclusión decisiva solo después de que ambos bandos hubiesen tenido la oportunidad de defender su postura ante el país y de movilizar a sus partidarios para una serie de enfrentamientos electorales puntuales.

Aquí es donde el estatus perdurable del modelo federalista revela su centralidad. Simplemente, si los Republicanos hubiesen respetado el veto inicial del Artículo Cinco a la Decimocuarta Enmienda, Johnson hubiese ganado la batalla sobre el significado constitucional de la Guerra Civil. Solo mediante una innovación no convencional los Republicanos obtuvieron finalmente la legitimidad para su interpretación más igualitaria de la Unión. Las victorias en el campo de batalla eran condiciones necesarias pero no suficientes para las enmiendas de la Reconstrucción. El cambio en el sistema de producción normativa de carácter superior fue igualmente fundamental.

Planteando la cuestión de un modo más general, la relación de los Republicanos con la Guerra Civil no es muy diferente de la relación de los Federalistas con la Guerra Revolucionaria. Al fin y al cabo, George Washington se ganó un lugar en la Convención Constitucional gracias a sus triunfos durante la guerra. Pero la guerra contra Inglaterra, como

[7] Véase, por ejemplo, Laurence Tribe, «Taking Text and Structure Seriously», *Harvard Law Review*, vol. 108, 1995, pp. 1221, 1293-1294

la guerra entre los estados, solo estableció las condiciones militares de la independencia estadounidense. Las condiciones constitucionales duraderas solo las determinaría el Pueblo durante la paz que siguió.

El paralelismo con los Federalistas no termina aquí. Como veremos, la Constitución de 1787 nunca habría sido ratificada si los Federalistas hubiesen acatado las reglas establecidas. En 1787 igual que en 1868, la adaptación no convencional era una condición necesaria, aunque no suficiente, para una victoria constitucional en nombre del Pueblo. ¿Por qué, entonces, el relato profesional reserva un lugar de honor al modelo federalista e ignora el modelo Republicano?

Ignoramos estas cuestiones solo a base de ocultarnos a nosotros mismos algunas verdades profundas respecto a la identidad estadounidense expresadas por el modelo republicano. Tras la atroz experiencia de la Guerra Civil, los estadounidenses se sintieron más nación. Esto queda muy claro en la primera frase de la Decimocuarta Enmienda, que expresamente afirma que la ciudadanía nacional es primaria y la estatal derivada. El carácter nacionalista del modelo republicano de cambio constitucional cuadra perfectamente con este cambio sustantivo. Un relato profesional que ignorase el modelo republicano nos haría simular que todavía vivimos en la era federalista, cuando los estadounidenses todavía no estaban seguros de si Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos* éramos algo más que una confederación de estados soberanos.

No niego la importancia continuada del sistema federalista. El Artículo Cinco proporciona un recurso duradero para el pueblo estadounidense cuando desea ejercer su poder constituyente por medio de los estados. En vez de elegir entre federalismo y republicanismo, quiero afirmar los dos aspectos de nuestro legado de producción normativa de carácter superior.

Finalmente, la respuesta trivializadora se equivoca al sugerir que el logro republicano es una anomalía en la historia estadounidense. Como veremos, es el modelo republicano, más que el federalista, el que permite un conocimiento más profundo de la dinámica del desarrollo en el siglo XX.

De la Reconstrucción al *New Deal*

Invitaré al lector a reflexionar sobre una serie de notables paralelismos existentes entre la década de 1860 y la de 1930. Este análisis pondrá de manifiesto que la batalla de los Demócratas del *New Deal* por el gobierno intervencionista siguió un proceso de cinco fases muy similar al que siguieron los Republicanos en su batalla por la libertad y la igualdad.

La pauta del New Deal

Igual que en la Reconstrucción, la separación de poderes fue el motor central del debate y la decisión constitucional durante el *New Deal*. La gran diferencia entre los dos períodos está en la identidad de los principales poderes reformista y conservador. Tras el asesinato de Lincoln, la Presidencia se volvió conservadora y el Congreso se quedó solo defendiendo la reforma revolucionaria. Por el contrario, Roosevelt llevó las riendas durante el *New Deal*, dejando al Tribunal la defensa del punto de vista conservador de la Constitución. Con esta variación, sin embargo, la pauta de cinco fases se repite.

El primer mandato de Roosevelt marca la primera fase del punto muerto institucional, cuando el Tribunal Supremo revocó una serie de reformas revolucionarias. Como en 1866, los artífices del *New Deal* respondieron utilizando la siguiente ronda regular de elecciones como dispositivo para salir del punto muerto constitucional. Cuando obtuvieron una aplastante victoria en las elecciones presidenciales y parlamentarias de 1936, reivindicaron un mandato del Pueblo para su visión intervencionista del gobierno estadounidense.

A esto siguió una tercera fase, caracterizada por un asalto no convencional a las instituciones discrepantes. Dado que la principal rama conservadora durante la Reconstrucción era la Presidencia, los Republicanos amenazaron a Johnson con el *impeachment* a menos que aceptase sus reformas constitucionales. Dado que la principal rama conservadora durante la década de 1930 era el Tribunal Supremo, el Presidente amenazó a los magistrados con la ampliación de la composición del mismo si continuaban defendiendo los principios del constitucionalismo del *laissez-faire*. Aunque el *impeachment* y la ampliación del número de magistrados mencionada son formas legales diferentes, su función constitucional era idéntica: confrontar a la principal institución conservadora con una cuestión fundamental y específica: ¿debería continuar respaldando la vieja tradición constitucional a costa de infligir un daño permanente a su autonomía institucional?

Así como el presidente Johnson hizo su «cambio a tiempo» a finales de la década de 1860, lo mismo hizo el Tribunal en la década de 1930. Ambos repliegues, a su vez, permitieron a la institución disidente evitar daños graves a largo plazo. Una vez asumido el cambio, los conservadores consiguieron convencer al Senado para que rechazase la ampliación del número de magistrados del Tribunal en la década de 1930 del mismo modo que había rechazado el *impeachment* en la de 1860. Esto no solo hizo posible la supervivencia de la separación de poderes. También alentó al poder amenazado a rehabilitarse con el tiempo desempeñando un papel

constructivo en el orden constitucional emergente. Igual que en 1868, también en 1937, los tres poderes empezaron a converger en una nueva solución constitucional.

Pero esta nueva solución todavía no se había incorporado a la estructura de la norma superior. Si bien en 1937 el Tribunal Supremo había apoyado por un estrecho margen algunos de los programas clave del *New Deal*, una victoria republicana en 1940 podría haber llevado a una reconsideración de estas decisiones transicionales. Como en el caso de la Reconstrucción, el partido de la reforma constitucional necesitaba unas «elecciones de consolidación» antes de poder marcar definitivamente un nuevo curso a la norma constitucional.

La elección de Roosevelt para un tercer mandato, un hecho sin precedentes, constituyó un punto de no retorno. En 1941 el Presidente y el Senado habían sustituido a los magistrados-reliquia de la era republicana por partidarios convencidos del gobierno nacional intervencionista. Las decisiones de 5 a 4 de 1937 se convirtieron ahora en sentencias por unanimidad que erradicaban conscientemente doctrinas fundamentales de una era anterior.

¿Qué tenía de nuevo el New Deal*?*

La pauta del *New Deal*, por consiguiente, es mejor considerarla como una variación sobre unos precedentes históricos establecidos durante la Reconstrucción. Fueron los Republicanos de la Reconstrucción, no los Demócratas del *New Deal*, los primeros que combinaron la separación de poderes con unas victorias electorales decisivas para conseguir la autoridad constitucional que les permitía hablar con la voz de Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos*, una voz distinta, pero no menos auténtica que la voz de Nosotros, el Pueblo de los *Estados* Unidos que se había expresado mediante las reglas federalistas del Artículo Cinco. Pero, naturalmente, es muy importante clarificar las variaciones introducidas en la década de 1930, ya que marcan los parámetros del moderno desarrollo constitucional. Destacaré tres temas.

El primero y más importante implica a la Presidencia. Mientras que Lincoln y Johnson jugaron un papel sin precedentes en la emancipación constitucional de los esclavos, el liderazgo presidencial llegó a su fin con la defección de Andrew Johnson. Los Demócratas del *New Deal*, por el contrario, pudieron confiar en que la Presidencia les proporcionase un liderazgo constitucional firme.

La buena suerte de los Demócratas les dio más opciones legislativas. No necesitaron seguir el ejemplo del Congreso de la Reconstrucción destruyendo

gobiernos estatales cuando vetaron la Decimocuarta Enmienda. Tampoco necesitaron amenazar con el *impeachment* a un Presidente hostil. Roosevelt pudo centrarse en el objetivo del Tribunal Supremo y codificar la visión del *New Deal* inundando a la judicatura de nuevos magistrados dispuestos a refrendar una transformación revolucionaria de la doctrina tradicional.

Esto llevó a un segundo cambio fundamental: el uso consciente de los *nombramientos judiciales transformadores* como instrumento central del cambio constitucional. Roosevelt introdujo este dispositivo en su famosa propuesta de reorganización judicial de 1937, que le habría dado derecho a hacer seis nuevas designaciones de forma inmediata. Cuando el cambio en el viejo poder judicial desactivó políticamente esta propuesta radical, el Presidente y el Congreso elaboraron un enfoque más gradual, pero similar. A medida que los magistrados tradicionalistas dimitían o fallecían, eran sistemáticamente sustituidos por nuevos magistrados designados dispuestos a apoyar y a elaborar una visión transformadora de la ley constitucional.

A comienzos de la década de 1940 se había preparado el terreno para el tercer cambio: el uso de los *dictámenes judiciales transformadores* para establecer las líneas básicas de la doctrina constitucional. Estos casos del *New Deal* no solo rechazaron decisiones destacadas del viejo régimen, como *Lochner v. New York*, que revocaba la legislación sobre un número máximo de horas de trabajo en nombre de la «libertad de contrato», sino que transformó a *Lochner* en el símbolo de un orden constitucional que había sido completamente repudiado por el pueblo americano. Estos dictámenes del *New Deal* han sido el equivalente funcional de unas enmiendas constitucionales formales, y han proporcionado un fundamento sólido a la intervención activista en la vida social y económica nacional durante los últimos sesenta años.

No digo que esta jurisprudencia del *New Deal* sea un elemento inalterable de nuestra Constitución, aunque tampoco lo es la mayor parte de su texto formal. Digo que cualquier futura transformación de los principios del *New Deal* necesitará de un proceso de producción normativa de carácter superior comparable al que dirigió el presidente Roosevelt en la década de 1930.

De Roosevelt a Reagan, y más allá

La importancia duradera de los precedentes del *New Deal* ha sido paradójicamente confirmada durante la última generación. Igual que en la década de 1930, también en la de 1980 Ronald Reagan se negó a invertir la energía principal de la Presidencia en las enmiendas formales, en su caso, las

enmiendas para equilibrar el presupuesto y anular *Roe v. Wade*. Igual que Roosevelt, reivindicaba tener un mandato del Pueblo para introducir una nueva generación de magistrados del Tribunal Supremo, y trató de llevar a cabo este mandato mediante una serie de nombramientos judiciales transformadores. El objetivo, como en tiempos de Roosevelt, era obtener una mayoría judicial considerable de dictámenes transformadores que demonizase los principales casos de la era anterior: si el presidente del Tribunal Supremo Antonin Scalia se salía con la suya, *Roe* sería tratado con el mismo desdén que el Tribunal del *New Deal* reservaba a las decisiones de la vieja judicatura que, como *Lochner*, habían protegido el mercado libre de la regulación intervencionista.

El paralelismo termina aquí. El intento de Reagan no culminó en unos dictámenes transformadores, que proclamasen una ruptura decisiva con el pasado. En vez de demonizar a *Roe* como los artífices del *New Deal* demonizaron a *Lochner*, el Tribunal reconstituido de la década de 1990 prometió fidelidad al pasado. La decisión crucial fua la del caso *Planned Parenthood v. Casey*, en la que los magistrados de Reagan y Bush emitieron los votos decisivos para preservar a *Roe* de la enconada discrepancia del presidente Scalia.

Si bien el resultado de la década de 1980 fue diferente del de la de 1930, el proceso por el que el pueblo estadounidense debatió su futuro constitucional fue similar. En ambos casos, la Presidencia fue el motor institucional de la transformación constitucional; en ambos casos, la cuestión operativa era si el Presidente podía convencer al Congreso y al Tribunal de aceptar su demanda de un cambio fundamental en nombre del Pueblo; en ambos casos, la suerte de las pretensiones legislativas del Presidente alcanzó su punto culminante en la batalla que tuvo lugar en el Senado acerca de su intento de hacer nombramientos transformadores en el Tribunal Supremo.

Los puntos de vista fundamentales de Robert Bork eran diferentes de los de Felix Frankfurter, pero las dos designaciones desempeñaron funciones extrañamente similares en la práctica en evolución del liderazgo presidencial. Ambos fueron designados por presidentes transformadores en el séptimo año de sus mandatos; ambos fueron nombramientos transformadores arquetípicos, académicos inmensamente capaces que habían proporcionado liderazgo intelectual a los movimientos políticos ascendentes en la Casa Blanca, estaban clarísimamente dispuestos a redactar dictámenes transformadores que repudiaban elementos clave de la doctrina existente. El hecho de que Roosevelt se saliese con la suya con Frankfurter, y que Reagan fracasase con Bork no debe impedirnos ver las asombrosas semejanzas existentes en el proceso por el cual la Presidencia trató de cambiar radicalmente la norma superior en nombre del Pueblo.

Una vez aislado un modelo recurrente de liderazgo presidencial, concluyo considerando su reforma. ¿Han de ser los precedentes heredados de los años de Roosevelt y de Reagan radicalmente repudiados, intersticialmente modificados o incondicionalmente aceptados?

Más allá del formalismo

Hay mucha historia en este libro, un poco de ciencia política y un poco de filosofía, pero estos ejercicios interdisciplinarios están al servicio de una empresa fundamentalmente legal. Excepto por lo que respecta al último capítulo, me estoy centrando en una sola cuestión: si los estadounidenses de la década de 1990 desean revisar su Constitución, ¿cuáles son las alternativas *legales* que pueden legítimamente plantearse?

Ahora bien, sería estupendo que pudiera contestar esta pregunta en una página o dos, o en diez. Una afirmación así de clara no solo contentaría a los juristas, cuyo deseo de pulcritud conceptual a veces raya en lo patológico. También sería realmente ventajoso para todos los estadounidenses que el proceso de producción normativa de carácter superior pudiese llevarse a cabo a tenor de unas cuantas reglas bien definidas.

La primera ventaja sería la claridad. Desde el principio, cada parte sabría exactamente lo que tendría que hacer para salir victoriosa de la batalla. En consecuencia, todos tendrían la oportunidad de reunir sus fuerzas políticas en los momentos críticos. Un reglamento también haría más difícil para el bando perdedor explicar su derrota diciendo que no eran conscientes de que estaba a punto de tomarse una decisión crítica.

Un proceso formalista también tiene el mérito sustancial de señalar el momento en que un ejercicio particular de legislación constitucional llega a su fin; en un momento predeterminado la nueva enmienda resultará ser un claro ganador o un claro perdedor. Mientras que los activistas más entregados a la causa tendrían derecho a comenzar de nuevo desde el principio, los estadounidenses normales podrían optar por relajar su atención política y dedicarse a otras cosas. En una democracia dualista esto no es un logro menor. La Constitución no trata de forzar a los ciudadanos, ni debe hacerlo, a que permanezcan en un estado constante de agitación constitucional[8]. Los estadounidenses corrientes tienen derecho a afirmar su voluntad constitucional en política sin hacer de este proyecto la obra de su vida; llevar los esfuerzos constitucionales a un final inequívoco es un

[8] Para un tratamiento más a fondo de este tema, véase mi libro *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, Quito y Madrid, IAEN y Traficantes de Sueños, 2015, especialmente los capítulos 7-10.

servicio tan grande a un gobierno democrático como ayudar a un nuevo movimiento a señalar un nuevo conjunto de intenciones constitucionales a la opinión pública en general.

Y, sin embargo, el formalismo no puede escapar de los vicios de sus virtudes. Consigue claridad y estructura solo a costa de *suponer* la existencia de un juicio popular movilizado y reflexivo que identifica unos cuantos criterios institucionales fácilmente observables, por ejemplo, el voto afirmativo de las dos terceras partes del Congreso y de las tres cuartas partes de las asambleas legislativas estatales. Subyacente a esta suposición hay algo que llamaré la teoría de la resistencia institucional. La idea es que una carrera de obstáculos institucional complicada agotará a todos los grupos políticos que no logren movilizar y preservar el masivo apoyo de interés público que se requiere para que se dé la legitimidad constitucional. La resistencia institucional, en suma, frustrará la manipulación cínica de la idea de una norma superior por coaliciones de grupos de presión restringidos. Si bien hay algo real en esta idea, el diseño de la carrera de obstáculos perfecta es un asunto delicado, pues la carrera de obstáculos no puede ser tan agotadora que resista incluso a una gran mayoría del interés público en aquellas raras ocasiones en que el Pueblo con p mayúscula *tiene* algo nuevo que decir.

Dicho de un modo más general, cualquier sistema de reglas formalista encierra dos peligros. El primer peligro es el *falso positivo*: aquí el sistema formal indica que el Pueblo ha hablado aunque los partidarios de la iniciativa no hayan movilizado de hecho el apoyo sostenido y reflexivo que los principios dualistas exigen a una nueva solución constitucional. Esto no es bueno, y cualquier sistema formal de reglas debería diseñarse con el objetivo de hacer improbable que se produzca esta situación.

A medida que disminuye este riesgo, aumenta inevitablemente el de los *falsos negativos*. Dificultando que una coalición pasajera de intereses especiales se haga pasar por el Pueblo, la carrera de obstáculos formalista puede reprimir la expresión de movimientos constitucionales que hayan obtenido el apoyo continuado de una mayoría sostenida y decisiva tras años de un debate movilizado que haya penetrado profundamente en la conciencia de los ciudadanos corrientes[9]. Esto tampoco es bueno; efectivamente, si se permitiese a las elites jurídicas utilizar las reglas para reprimir los juicios reflexivos de política constitucional, la mayoría de estadounidenses perderían la esperanza ante la idea misma de que Nosotros, el Pueblo podamos dar significativamente a nuestros representantes sus órdenes de marcha.

Los formalistas podrían desestimar este segundo peligro si, después de doscientos años de historia, hubiese resultado ser meramente hipotético.

---

[9] Para una discusión más amplia del tema, véase *ibid.*, cap. 9.

Pero la verdad es diferente. En dos de las mayores crisis de su historia, los estadounidenses han tenido que hacer frente al grave riesgo de un falso negativo. Si optaban por acatar de manera puntillosa las reglas del Artículo Cinco, los Republicanos de la Reconstrucción y los Demócratas del *New Deal* harían frente al peligro claro y real de que su larga y exitosa batalla por movilizar al Pueblo para un cambio fundamental fuese sofocada por consideraciones legalistas quisquillosas. Su respuesta fue tratar de obtener el apoyo del Pueblo para un cambio en las reglas de revisión.

Teniendo en cuenta el éxito tanto de Republicanos como de Demócratas, no podemos pretender responsablemente que las reglas para las enmiendas propuestas por los Federalistas sigan siendo la única fuente de legislación para el siglo XXI. Es cierto, el estudio de los precedentes no convencionales que nos han legado los estadounidenses de las décadas de 1860 y 1930 requiere hacer un trabajo que es difícil, pero descubriremos que es realmente posible elaborar principios que nos ayuden a identificar las condiciones bajo las cuales futuros movimientos podrían *legítimamente* afirmar que el Pueblo les ha dado un mandato para un cambio constitucional fundamental.

Esta afirmación supone que en la ley hay algo más que normas. Pero en jurisprudencia esta es una noción nada polémica[10]. Todo jurista reflexivo, creo yo, reconoce que la ley incluye el estudio de principios y precedentes, además de reglas, y que tiene la obligación de intentar exponer la ley teniendo en cuenta estos tres aspectos. A veces resulta posible disponer de principios, precedentes y reglas en una secuencia nítidamente ordenada, en la que los principales precedentes siguen unas reglas escuetas, reglas que a su vez están iluminadas por unos principios fundamentales. Y si bien estas estructuras de razonamiento neoclásicas no están ahora mismo de moda, lo cierto es que a menudo son persuasivas.

Pero en ocasiones no lo son. Tras dos siglos de política constitucional indisciplinada pero creativa, el orden neoclásico es simplemente inalcanzable. Si bien los grandes precedentes históricos no parecen estar sujetos a reglas claras, sí manifiestan importantes semejanzas familiares. En la medida en que no esperemos reducir estos precedentes a unas reglas aparentemente simples, es posible definir unos criterios constitucionales fundamentales que futuros movimientos políticos tengan que satisfacer antes de adquirir autoridad para iniciar un proceso de producción normativa de carácter superior.

[10] Véase Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1978, caps. 2-3 [ed. cast.: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984]; Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown & Co., 1960.

Este es el propósito del modelo de liderazgo presidencial: proporcionar unos criterios históricamente arraigados para evaluar los esfuerzos futuros hechos por los movimientos políticos para utilizar a la Casa Blanca como trampolín para un nuevo comienzo de la norma constitucional. La próxima vez que un Presidente se presente agresivamente afirmando tener un mandato amplio del Pueblo, los constitucionalistas tendrían que estar mejor preparados para utilizar la experiencia del pasado para poner a prueba esa clase de afirmaciones. Pese al ascenso del liderazgo presidencial en la república moderna, el jefe del ejecutivo (todavía) no se ha ganado la autoridad para impulsar a la Constitución en una nueva dirección sobre la base de una victoria o dos en las urnas. Los precedentes continúan limitando las ocasiones en las que la separación de poderes puede utilizarse para legitimar un nuevo comienzo constitucional en nombre de Nosotros, el Pueblo. El reto para la comunidad legal es iniciar un debate serio que nos permita jugar un papel competente en la siguiente crisis de liderazgo presidencial.

II
LA REFORMULACIÓN DE LA FUNDACIÓN

Sabiduría convencional

Oscilando entre idolatrar a los Fundadores o demonizarlos, los estadounidenses tienen dificultades para definir su relación con sus comienzos constitucionales. El lado oscuro fue convincentemente bosquejado por Charles A. Beard a comienzos del siglo XX[1]. Su imagen de la Fundación como el Termidor americano todavía pervive. Los Fundadores de Beard no vinieron para hacer una Revolución, sino para dirigir un *putsch* antipopular por los derechos de propiedad. Esta imagen beardiana se ha oscurecido aún más por la reflexión cada vez mayor sobre las premisas racistas y sexistas de los Fundadores, hasta el punto de que el juez Thurgood Marshall pudo negar públicamente que la Fundación proporcionase una base moral adecuada para el moderno gobierno estadounidense[2]. Estas dudas morales alimentan el poderoso antioriginalismo de gran parte del derecho constitucional moderno. ¿Acaso puede permitirse que los prejuicios de unos hombres blancos, muchos de ellos propietarios de esclavos, sirvan como premisas de principio en la búsqueda por parte de nuestra comunidad de una Unión más perfecta?

Estas cuestiones han ensombrecido, pero no eclipsado totalmente, la vieja imagen heroica. Es posible que los Fundadores tuviesen los pies de barro, pero ¿acaso no son los estadistas más notables de la historia estadounidense? El milagro de Filadelfia sigue siendo este: no se puede negar que los Artífices adivinaron el futuro curso de la historia estadounidense y propusieron unas fórmulas de gobierno que siguen mereciendo nuestro

---

[1] Charles A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, Nueva York, The Macmillan Company, 1913 [ed. cast.: *Una interpretación económica de la Constitución de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1953]. Este capítulo deriva de B. Ackerman y N. Katyal, «Our Unconventional Founding», *The Universtiy Chicago Law Review*, vol. 62, núm. 2, 1995, pp. 475-533, que contiene más documentación para muchas de las cosas que se afirman en él, así como otros temas que no desempeñan un papel central en el argumento de este libro.

[2] Thurgood Marshall, «Commentary: Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution», *Harvard Law Review*, vol. 101, 1987, pp. 1-5.

respeto. En todo caso, esta imagen mítica ha reaparecido recientemente con una fuerza renovada, hasta el punto de que el juez Clarence Thomas pudo hacer suyas las palabras y la sabiduría de los Artífices con un entusiasmo sin precedentes en la moderna ley constitucional.

Yo rechazo ambas imágenes. Me propongo hacer bajar a los Padres Fundadores del pedestal, pero sin arrojarlos al basurero de la historia. El argumento de Thurgood Marshall es innegable. Los Fundadores compartían los prejuicios de su época. Si hemos de entender su duradera importancia histórica no podemos considerarlos como una especie de semidioses en posesión de respuestas definitivas. Las generaciones posteriores han revocado muchos de los juicios de la Fundación sobre el lugar de la igualdad, la libertad y el federalismo en nuestra norma superior; sin estas contribuciones actuales, la Constitución de 1787 haría mucho tiempo que se consideraría inadecuada. Si hemos de entender la perdurable importancia de 1787, hemos de abordarla con unas expectativas diferentes. Hemos de investigar las formas más profundas mediante las que el lenguaje, las instituciones y los ideales de la Fundación han configurado el proceso mismo a través del cual las generaciones posteriores han revisado los compromisos fundamentales del siglo XVIII. Incluso a este nivel del proceso de producción normativa de carácter superior, los modelos de la Fundación no han sobrevivido inalterados el paso del tiempo. Sin embargo, nunca entenderemos el genio del gobierno estadounidense moderno sin aquilatar su importancia persistente.

Lamentablemente, este esfuerzo interpretativo también se ha visto distorsionado por el ciclo de la demonización/glorificación. O bien la contribución de la Fundación a la producción de normativa de carácter superior es ignorada en las discusiones abiertas (aunque a menudo perspicaces) de la «Constitución viva»[3]. O bien los Federalistas son tratados como superhéroes cuyas órdenes eternas han controlado rigurosamente todas las transformaciones constitucionales de los dos siglos siguientes. Para romper este ciclo hemos de hacer bajar a los Fundadores de su pedestal y aprender a considerarlos como meros mortales enfrentados a un problema grave, un problema que reaparecerá en momentos posteriores de la historia estadounidense. Dicho de una manera bastante sencilla, los Federalistas se enfrentaron a un sistema preexistente de producción normativa de carácter superior que les exigía unas condiciones que de forma realista nunca habrían podido cumplir. Pero Madison y compañía se negaron a aceptar la derrota de su empresa constitucional. También se negaron a lanzar un ataque general contra el sistema.

---

[3] Entre los más perspicaces podemos citar a Robert Burt, *The Constitution in Conflict*, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, 1992; y a Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Indianápolis, Bobbs-Merrill Company, 1962.

Lo que hicieron fue forjar una tercera vía. Crearon un nuevo sistema de producción normativa de carácter superior utilizando las instituciones existentes como bloques de construcción. Al conseguir la aprobación de estas instituciones a su propia reorganización, los Federalistas incrementaron enormemente su derecho a hablar en nombre del Pueblo.

No fueron los primeros en tomar este camino. Como veremos, estaban elaborando un gran precedente de la historia constitucional inglesa, establecido por la Convención de 1688 al consolidar los principios de la Revolución Gloriosa.

Ni fueron los últimos. La Reconstrucción y el *New Deal* pueden ser considerados igualmente como adaptaciones similares «de tipo convención». Pero antes de que esta tesis pueda ser rigurosamente formulada, y mucho menos verificada, hemos de seguir a los Federalistas, paso a paso, en su tercera vía hacia la legitimidad constitucional.

El problema

Solo seis años antes de Filadelfia, los trece estados se habían puesto finalmente de acuerdo en los Artículos de la Confederación, en cuyas disposiciones finales puede leerse:

> 13. Los Artículos de esta confederación serán inviolablemente observados por cada estado, y la Unión será perpetua; no se producirá ninguna modificación en ninguno de ellos de aquí en adelante, a menos que dicha modificación sea acordada en un Congreso de los Estados Unidos y posteriormente confirmada por las asambleas legislativas de todos los estados.

El énfasis del Artículo XIII en la unanimidad no tiene nada de accidental, ya que de entrada hubo que trabajar mucho para que todos los estados acordasen las condiciones de la Confederación[4].

Y sin embargo los Federalistas no se negaban a acatar las reglas. Tras un verano de encuentros secretos, salieron a la luz pública con un bombazo. El Artículo Siete afirmaba tranquilamente que «la ratificación de las Convenciones de nueve Estados será suficiente para el establecimiento de esta Constitución entre los Estados que la ratifiquen». Esta declaración de independencia creó tres tipos de problemas legales.

---

[4] Véase Merrill Jensen, *The Articles of Confederation* [1940], Madison (WI), University of Wisconsin Press, 1970, pp. 57, 103, 126-139, 183, 238; Jack P. Greene, *Peripheries and Center. Constitutional Development in the Extended Polities of the British Empire and the United States, 1607-1789*, Athens (GA), University of Georgia Press, 1986, p. 154.

Problemas en los Artículos

El Artículo Siete ataca el proceso revisionista establecido en cuatro frentes. Primero, invitaba a la secesión, rechazando la afirmación de los Artículos acerca del carácter perpetuo de la Unión y autorizando una retirada de nueve estados. Como veremos, esta amenaza de secesión fue crucial para empujar a estados como Nueva York y Virginia a dar su apoyo a regañadientes a la Constitución. El primer Congreso después de la ratificación empezó siendo un organismo secesionista, que se reunió sin Carolina del Norte y Rhode Island, y la aprobación de este último estado solo se consiguió después de que el Congreso secesionista empezase a amenazarlo con sanciones económicas.

Segundo, el texto de la Fundación ignoraba el poder sobre las enmiendas que concedían los Artículos al Congreso Continental. Esta omisión era especialmente notable, dado que unos cuantos estados se negaban a enviar delegados a Filadelfia hasta que la Convención Constitucional recibiese la aprobación del Congreso.

Los Federalistas también se mostraron despectivos con las autoridades estatales existentes. En contra de la orden expresa de los Artículos, la Constitución que proponían descartaba a las asambleas legislativas del proceso de ratificación, que dejaba en manos de unas convenciones especiales que tenían que reunirse en cada estado.

Finalmente, todo esto se hizo en contra de la afirmación expresa de los Artículos en la que se especificaban los medios exclusivos con los que proceder a esta revisión.

Problemas con la Convención

Considérese la asamblea que estaba tomando la ley en sus propias manos. La Convención era en sí misma un organismo secesionista. Rhode Island era el único estado que mantenía claramente su oposición, negándose a enviar delegados. Y también Nueva York y Delaware planteaban problemas.

Nueva York envió tres delegados a la Convención, pero dos de ellos la abandonaron cuando el talante centralizador de la mayoría Federalista se hizo evidente. Dado que Nueva York exigía que una mayoría de sus delegados comprometiese al estado, el voto del único representante que quedaba, Alexander Hamilton, era legalmente insuficiente. La Convención no pretendía otra cosa. En sus actas se trata a Nueva York igual que a Rhode Island en la cuestión final acerca de la aprobación de

la Constitución. No quedó registrado que ninguno de los dos estados emitiese un voto[5].

La asamblea legislativa de Delaware prohibió expresamente a su delegación que aprobase ninguna propuesta que la privase de igual poder de voto de que disfrutaba según los Artículos. Sus delegados firmaron la Constitución en desacato a su comisión[6].

Asistimos, pues, al espectáculo de diez delegaciones instando a nueve estados a aceptar un acuerdo solemne ratificado por los trece estados miembros de la Confederación. Incluso esto subestima la dificultad del problema. Al convocar la Convención, el Congreso Continental había pedido a los delegados que se reuniesen «con el *único y expreso* propósito de revisar los Artículos»[7]. ¿Autorizaba esta concesión limitada a los delegados a hacer pedazos los Artículos y a proponer un texto enteramente nuevo?

Esta cuestión se planteó repetidamente. En los dos estados clave de Nueva York y Massachusetts, fue reforzada por comisiones de delegados que incorporaron expresamente el lenguaje restrictivo del Congreso[8]. Los delegados de otros estados acudieron con un mandato más amplio, lo que les permitía hacer cualquier propuesta constitucional que considerasen adecuada[9]. Si bien algunos delegados clave podían haber actuado más allá de su mandato, no puede decirse lo mismo de todos ellos.

Pero ninguna delegación tenía una orden similar para una táctica evasiva en torno a las reglas para las enmiendas que constan en los Artículos de la Confederación. Los términos precisos variaban de estado a estado, pero los mandatos de Virginia eran típicos: su delegación podía implicarse en «la concepción y la discusión de todas estas modificaciones y otras disposiciones que sean necesarias para adecuarse a la Constitución Federal [...]

---

[5] Con posterioridad al 11 de julio Nueva York nunca votó en la Convención. Compárense las actas del 10 de julio en Max Farrand (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787* [1911], ed. rev., 4 vols., New Haven y Londres, Yale University Press, 1937, vol. 1, p. 565 con las del 11 de julio en vol.1, p. 577. Véase *ibid*. vol. 2, p. 641 para el voto final sobre la Constitución.

[6] Véase Merrill Jensen, *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, 26 vols., vol. 1, *Documents and Records, 1776-1787*; vols. 2-26, *Ratification of the Constitution by the States*, ed. con John P. Kaminski, Gaspare J. Saladino *et. al.*, Madison (WI), State Historical Society of Wisconsin, 1976, vol. 1, p. 203. El problema de Delaware fue ampliamente reconocido en Filadelfia. Véase M. Farrand (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, cit., vol. 1, pp. 4, 6, 37.

[7] Véase Charles C. Tansill (ed.), *Documents Illustrative of the Formation of the Union of American States*, Washington DC, Government Printing Office, 1927, pp. 45-46 (el subrayado es mío).

[8] Véase M. Jensen (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, vol. 1, *Constitutional Documents and Records*, *1776-1787*, cit., p. 209 (resolución de Nueva York). La primera resolución de Massachusetts, aprobada el 22 de febrero y antes de que la asamblea legislativa conociese la resolución del Congreso del día anterior, no contenía este límite, pero más tarde el estado la sustituyó por una nueva resolución que contenía la «única y expresa» limitación del Congreso, *ibid*., pp. 205-207. Connecticut fue el único otro estado con la «única y expresa» limitación, *ibid*., pp. 215-216.

[9] *Ibid*., pp. 106, 201, 203, 204, 222, 224.

informando de dicha Ley, a este respecto, *a los Estados Unidos en el Congreso, cuando, una vez aceptada por ellos y debidamente confirmada por varios estados, se estipule efectivamente la misma*»[10].

Dicho lenguaje subordinaba expresamente la Convención a instituciones y procedimientos existentes. Lo mismo hacía el Congreso Continental al estipular que las propuestas de Filadelfia se convirtiesen en ley solo si «eran acordadas en el Congreso y eran confirmadas por los estados»[11]. Los delegados no tenían absolutamente ninguna autoridad para establecer un nuevo mecanismo de producción normativa de carácter superior para el ejercicio de la soberanía popular. Efectivamente, algunos de los delegados al Congreso Continental rechazaron nombramientos para Filadelfia porque, como explicó Richard Henry Lee, «siendo miembro del Congreso en el que ha de aprobarse el plan de la Convención» se le exigiría que se pronunciase en Nueva York sobre su opinión en Filadelfia»[12].

Problemas con las constituciones de los estados

Los Federalistas tuvieron más problemas legales al convocar convenciones para la ratificación en los trece estados. En virtud de su Cláusula Suprema, la Constitución por ellos propuesta equivalía a una gran revisión de las constituciones estatales, y pese a ello procedían con un desdén intencionado de los mecanismos de revisión existentes en los estados.

El estatus legal de cada convención para la ratificación dependía de la constitución particular de cada estado, pero vale la pena distinguir entre dos tipos generales de constitución, la que contemplaba el uso de las convenciones y la que no.

Entre las que lo incluían estaban Massachusetts, New Hampshire y Pensilvania. En las dos primeras, una convención especial había propuesto inicialmente la constitución del estado, que fue luego aprobada por los votos populares en concejos municipales. La Constitución de 1776 de

---

[10] *Acts passed at a General Assembly of the Commonwealth of Virginia, 16 Oct. 1786-11 Jan. 1787*, p. 11 (Richmond, 1787) (el subrayado es mío). Esta formulación aparece prácticamente en cada resolución. Véase M. Jensen (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution,* vol. 1, *Constitutional Documents and Records*, *1776-1787*, cit., pp. 199-200, 203, 204, 213, 222, 225. La segunda resolución de Massachusetts preveía la aprobación del Congreso y del estado (*ibid.*, p. 207), igual que hicieron otros estados (*ibid.*, pp. 214, 216). Carolina del Norte no mencionaba la aprobación estatal (*ibid.*, p. 201). La única excepción real fue la de Nueva Jersey, cuya resolución de una sola frase omitía cualquier discusión aparte de «tener en cuenta» y «establecer […] disposiciones» (*ibid.*, p. 196).

[11] *Ibid*., 187.

[12] Ruth Bogin, *Abraham Clark and the Quest for Equality in the Revolutionary Era, 1774-1794*, Rutherford (NJ), Fairleigh Dickinson University Press, 1982, p. 134. Abraham Clark rechazó un nombramiento por razones parecidas, *ibid.*

Pensilvania la promulgó su asamblea legislativa, pero fue ampliamente reconocida como el documento más radicalmente democrático de la época[13]. Resulta por lo tanto revelador ver cómo consideraban estos tres estados el mecanismo de la convención. En cada caso, el texto constitucional rechazaba dar a la asamblea legislativa, o a cualquier otra instancia, el derecho sin restricciones de convocar una convención. Dicha asamblea extraordinaria solo podía reunirse después de un determinado número de años, siete en New Hampshire y Pensilvania, quince en Massachusetts. New Hampshire fue el único estado en el que la convocatoria de una convención era automática; Massachusetts requería el acuerdo de las dos terceras partes de las ciudades; y Pensilvania el de las dos terceras partes de un cuerpo de censores especialmente elegido[14].

Estos engorrosos procesos reflejaban una profunda preocupación por la estabilidad característica de la forma de pensar de la república temprana[15]. Los estadounidenses eran muy conscientes de la pretensión *tory* de que su naciente república podía desintegrarse por culpa de las luchas faccionales. La cuidadosa forma de estructurar las convenciones expresaba un compromiso con la estabilidad combinado con una fe profunda en la soberanía popular.

Desgraciadamente para los Federalistas, su llamada de 1787 llegó en mal momento a estos tres estados. Los Censores de Pensilvania habían rechazado una convención en 1784 y su siguiente reunión estaba programada para 1791; en New Hampshire lo estaba para 1791, y en Massachusetts para 1795. Aún peor, los Federalistas estaban convocando un tipo equivocado de convención. En los tres estados, la tarea de la convención era hacer propuestas constitucionales, no sellar las propuestas por otros. En los dos estados de Nueva Inglaterra, estas propuestas fueron planteadas a los votantes en concejos municipales. Si las asambleas legislativas de estos tres estados tenían en cuenta la llamada de Filadelfia a convocar convenciones para la ratificación, estarían desacatando objetivamente sus propias constituciones.

La situación legal en otros estados era más propicia en cierto sentido, y menos en otro. La mayor parte de dichas constituciones habían sido propuestas por la asamblea legislativa, y a menudo promulgadas en forma de ley sin ninguna forma especial de consulta al electorado. Rhode Island

---

[13] Gordon Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1969, pp. 226-227, 231-232.

[14] Francis Thorpe, *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies, Now or Heretofore Forming the United States of America* [1909], Buffalo (NY), William S. Hein, 1993, vol. 3, p. 1890 (New Hampshire); vol. 4, p. 2454 (Massachusetts); vol. 5, p. 3091 (Pensilvania).

[15] Willi Adams, *The First American Constitutions. Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1980, pp. 137-144.

y Connecticut siguieron operando bajo las Cédulas Reales que siempre les habían dado una gran autonomía política; las asambleas legislativas simplemente tachaban aquellas cláusulas del texto que prometían fidelidad a la Corona Inglesa[16].

Estos textos daban una mayor justificación legal a las asambleas legislativas que optaban por escuchar la llamada de Filadelfia. Dado que las asambleas legislativas eran la fuente de las constituciones estatales existentes, ¿acaso no eran legalmente libres para proponer un nuevo método de revisión? Sí, pero la táctica evasiva de los Federalistas respecto a las asambleas legislativas, y su exigencia de convenciones populares para la ratificación, parecían más un asalto frontal a los procedimientos constitucionales existentes. Especialmente, dado que los filadelfianos carecían totalmente de la autoridad legal proveniente de esas asambleas legislativas para proceder con tales tácticas evasivas; especialmente, porque convocaban convenciones populares para simplemente aprobar propuestas que ellos, sin ninguna aprobación explícita por parte de los votantes, se consideraban autorizados a plantear.

Resumiendo, esta fue la escandalizada reacción del joven John Quincy Adams a las noticias llegadas de Filadelfia:

> Y para colmo el Artículo Siete constituye una clara y flagrante violación del compromiso más sagrado que puede formarse un ser humano. Viola la *Confederación*, en cuyo Artículo Trece desearía que os centraseis para una demostración completa de lo que afirmo aquí; y viola la Constitución de este estado, que fue el único delito que cometieron nuestros insurgentes de Berkshire y Hampshire [en la Rebelión de Shayss].
>
> Como justificación de ello, se dice que en momentos de apuro y de peligro inminente, la Constitución de cualquier país tiene que ceder, y que no hay ningún tipo de acuerdos que puedan competir con la existencia de una nación; pero aquí, con el fin de aplicar esta proposición, que es indudablemente verdadera, hay que establecer dos cosas: la primera es que nos encontramos ahora en esta tremenda situación en la que nuestra misma existencia nacional está en peligro; y la segunda, que no hay mejor remedio que una revolución. La primera, me parece

---

[16] En cuatro estados, las asambleas legislativas propusieron y pusieron en práctica sus constituciones sin autorización previa o subsiguiente ratificación: Virginia (1776), Nueva Jersey (1776), Rhode Island y Connecticut (renovando sus cédulas coloniales). En tres estados, las asambleas legislativas adoptaron constituciones autorizadas por el voto popular para aprobar cambios, pero no fueron sometidas a su ratificación popular: Delaware (1776), Georgia (1777) y Nueva York (1777). En cuatro casos, asambleas legislativas previamente autorizadas por los votantes distribuyeron borradores de proyectos de ley para dar al pueblo la posibilidad de sugerir cambios: Maryland (1776), Pensilvania (1776), Carolina del Norte (diciembre de 1776) y Carolina del Sur (1778). Véase Roger Hoar, *Constitutional Conventions*, Boston, Little, Brown, and Company, 1917, p. 4.

> a mí, no puede afirmarla ningún hombre en sus cabales: nuestra situación es desagradable, es cierto, pero hemos de admitir que mejora cada día y que muy probablemente será próspera dentro de unos cuantos años sin necesidad de hacer ninguna modificación, pero incluso en el caso de que fuera *necesario* hacer alguna modificación, ¿qué necesidad hay de introducir un *despotismo*, sí, un *despotismo*?, pues si tiene que haber algún límite al poder del Congreso federal, solo será el que ellos mismos deseen establecer[17].

Estas observaciones apuntan a la existencia de una grieta generacional. Para Washington y Madison, la Fundación fue la consolidación de una vida de actividad revolucionaria. Para el joven retrógrado Adams, era un asombroso estallido de anarquía. Después de la rebelión de Shays, muchos de los coetáneos de Adams compartían esta ansiedad. ¿Cómo respondieron a ella los Federalistas?

Pues preparando el terreno para una ruptura con la legalidad mediante una fascinante serie de diálogos con las instituciones establecidas, que empezaron en 1785 y terminaron en 1791.

El efecto «subirse al tren»

Llamemos a esto el efecto «subirse al tren». En cada fase, los Federalistas tuvieron graves dificultades legales para hacer avanzar su proyecto. En cada fase, algunas instituciones importantes se negaron a cooperar aduciendo razones legalistas. De todos modos, los Federalistas obtuvieron apoyo suficiente de instituciones con el prestigio necesario para mantener su impulso. Obtener estas *confirmaciones oficiales* les posibilitó embarcarse en otra iniciativa ilegal que, de nuevo confirmada por otras instituciones prestigiosas, les permitió adoptar otra iniciativa ilegal. Y así sucesivamente, hasta adquirir un sentido profundo de autoridad constitucional a pesar de no haber respetado las reglas del juego.

Pero hay aún más cosas sorprendentes en este proceso no convencional. Antes de especular más, necesitamos asentarnos firmemente en los hechos. Hubo cinco fases en las actividades no convencionales de los Fundadores. Durante la primera, los Federalistas trataron de establecer que un organismo anómalo como la Convención fuese una respuesta apropiada a los problemas del país. La construcción de una señal constitucional creíble era fundamental para el éxito global de la empresa: ¿cómo consiguieron los

---

[17] John Quincy Adams a William Cranch, en M. Jensen (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, cit., vol. 14 (1983), *Commentaries on the Constitution. Public and Private*, pp. 223-224.

Federalistas eludir los peligros evidentes que implicaba el choque frontal con las autoridades establecidas?

Una respuesta triunfante solo servía para plantear otras cuestiones. Tras construir una señal creíble, afrontaron el problema de la legitimación de su propuesta. Una cosa era sugerir unas cuantas enmiendas a los Artículos, y otra muy distinta redactar una nueva Constitución. ¿Cómo abordaron la indignada respuesta que dieron las instituciones existentes a esta radical reorganización?

Pero la Convención hizo algo más que proponer; provocó un cambio en las reglas para la ratificación. ¿Cómo obtuvieron los Fundadores el apoyo para este paso revolucionario? Llamemos a esto el problema del factor desencadenante.

Al tiempo que trataban de resolver este problema, los Federalistas pasaron a una cuarta fase y se embarcaron en la batalla por la ratificación estado por estado. Esta batalla no hizo sino confirmar la importancia que tenía su solución del problema del factor desencadenante. La ratificación nunca se habría producido sin la aceptación general de las nuevas reglas para realizarla.

Finalmente, los Federalistas se enfrentaron a los estados discrepantes como Rhode Island y Carolina del Norte, que seguían reivindicando la solución constitucional precedente. ¿Cómo inducirles a renunciar a su oposición legalista y a aceptar la legitimidad del nuevo régimen? Llamemos a esto el problema de la consolidación constitucional.

El problema de la señalización

El intento de enmendar los Artículos comenzó inmediatamente después de su ratificación. Durante mucho tiempo, sin embargo, el escenario estuvo dominado por aquellos actores que respetaban las reglas del juego.

El objetivo de la primera campaña legalista era otorgar al Congreso el poder de gravar con un impuesto del 5 por 100 el comercio exterior. Propuesto por el Congreso en 1781, el impuesto obtuvo el consentimiento de todos los estados, con la excepción de Rhode Island, dos años después. Antes de que Rhode Island pudiera ser inducida a dar también su consentimiento, Virginia lo retiró y el Congreso tuvo que volver al punto de partida[18]. Tras mucho tira y afloja, propuso nuevas iniciativas. La más exitosa fue la creación de otro impuesto, que fue aprobado por el Congreso en abril de 1783[19]. En 1786, solamente Nueva York se seguía resistiendo, y

---

[18] R. Bogin, *Abraham Clark*, cit., pp. 82-83.
[19] Linda de Pauw, *The Eleventh Pillar. New York State and the Federal Constitution*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1966, p. 33.

aunque formalmente había aceptado la iniciativa, lo había hecho poniendo unas condiciones que el Congreso había considerado inaceptables[20]. Tratando de no perder impulso, el Congreso propuso un nuevo paquete de siete enmiendas en agosto de 1786[21].

Esto significaba que los Federalistas estaban constantemente encontrando objeciones por parte de los partidarios de una Unión reforzada que negaban que fuese necesario modificar las reglas. ¿No podía provocar el vagón federalista el descarrilamiento de aquellas iniciativas legalmente no problemáticas que estaban en marcha?[22]. Teniendo en cuenta que Nueva York estaba demorando el impuesto, ¿por qué suponer que iba a aceptar una ruptura ilegal hacia lo desconocido?[23]. ¿Acaso no era más sensato continuar presionando por la aceptación del impuesto y utilizar el éxito como trampolín para proceder a unas reformas más radicales como las que el Congreso había enviado a los estados en 1786?[24].

Además de estas cuestiones de eficacia había problemas más profundos de legitimidad. Teniendo en cuenta los intentos en curso de las instituciones existentes para resolver sus problemas, ¿cómo consiguieron Madison y compañía la autoridad suficiente para cuestionar el *statu quo*?

---

[20] En respuesta a las presiones del Congreso Continental y de los estados vecinos de Connecticut y Nueva Jersey, Nueva York reconsideró su posición sobre el impuesto en febrero de 1787, y lo rechazó por una votación de dos a uno. Ernest Spaulding, *His Excellency George Clinton: Critic of the Constitution*, Nueva York, The Macmillan Company, 1938, pp. 170-171. Esta no fue necesariamente la última palabra de Nueva York, ya que sus vecinos siguieron presionándolo intensamente. Nunca sabremos el resultado que pudo haber tenido esta presión, porque la atención pasó a centrarse en la campaña a favor de la nueva Constitución federalista.

[21] Véase John C. Fitzpatrick (ed.), *Journals of the Continental Congress*, Washington DC, Government Printing Office, 1934, vol. 31, pp. 494-498.

[22] Véase, por ejemplo, *Votes and Proceedings of the House of Delegates of the State of Maryland*, 1st Sess., 12 de marzo de 1785: «La reunión propuesta, aunque convocada con la mejor de las intenciones, puede diferir la adopción [del impuesto de 1783]; y dado el reconocimiento de los poderes de esta asamblea para regular el comercio por parte de los estados que hasta ahora han aplazado su decisión de aceptar estas medidas, y teniendo también en cuenta las imprevisibles consecuencias que podría tener dicha reunión, esta asamblea legislativa ha declinado nombrar comisiones con esta finalidad» (disponible en el Maryland Hall of Records).

[23] Esto es lo que dijo Rufus King oponiéndose a la Convención (en la que más tarde participaría) en el hemiciclo de la Cámara de Massachusetts en octubre de 1786: «Si todos los estados pudiesen ser convencidos de aceptar el Impuesto Continental, el recurso podría efectivamente adelantarse, y el crédito nacional se vería fortalecido, pero quedaban dos estados que no lo habían aceptado, Pensilvania y Nueva York. La situación del primero era conocida, y si se hubiera atraído a este estado, Nueva York no se hubiese atrevido a oponerse a la Unión». Discurso pronunciado el 12 de octubre y publicado en el *Worcester Magazine*, 3ª semana de octubre de 1786, p. 353.

[24] Incluso en 1788, muchos de los miembros de las convenciones ratificadoras de los estados todavía querían el impuesto en vez de una nueva constitución. Véase Jonathan Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, 2ª ed., 5 vols., Washington, Taylor & Maury, 1854, vol. 2, p. 80; vol. 3, p. 278; vol. 4, p. 70.

La conferencia de Mount Vernon

El primer paso hacia una convención tuvo unos orígenes tan modestos que no provocó inmediatamente una oposición legalista general. Solo cuando los Federalistas ganaron experiencia con el efecto «subirse al tren», empezaron a abordar los profundos problemas filosóficos implicados en su legitimación.

Nuestra historia empieza en 1785 con la Conferencia de Mount Vernon, en la que los delegados de Maryland y Virginia se reunieron en la mansión de George Washington. Aunque su cometido se limitaba a la regulación de los ríos Potomac y Pocomoke, manifestaron su conformidad con «unas recomendaciones más amplias, aunque sensatas, [...] que iban claramente más allá de las instrucciones que les habían dado sus respectivas asambleas legislativas»[25]. Sin embargo, ambas asambleas legislativas aprobaron el pacto interestatal propuesto.

Madison, que había estado detrás de la iniciativa[26], propuso que la asamblea legislativa de Virginia sometiese el acuerdo al Congreso Continental, de conformidad con el Artículo VI de los Artículos de la Confederación, que lo exigía siempre que «dos o más estados» firmasen «cualquier tratado, confederación o alianza»[27]. No sé por qué, pero la Asamblea de Virginia rechazó su propuesta. En cuanto a Maryland, su asamblea legislativa citaba la concesión de autoridad de los Artículos para «establecer una asociación de amistad con otros estados en interés y beneficio mutuo», pero no explicaba por qué no sometía el acuerdo a la aprobación del Congreso[28].

El resultado puede haber proporcionado a Madison una buena experiencia en tres frentes. Primero, sugería que unos delegados a asambleas *ad hoc* podían ir más allá de su mandato y salirse con la suya; segundo, que esto podía suceder aunque «todo el procedimiento fuese claramente inconstitucional»[29]; y tercero, que la actividad no convencional podía ser

---

[25] Richard Morris, «The Mount Vernon Conference: First Step Toward Philadelphia» y Nancy McManus, «The Bicentennial of the Mount Vernon Conference», en *This Constitution: A Bicentennial Chronicle*, National Endowment for the Humanities, Washington DC, vol. 6, primavera de 1985, pp. 38, 40; y vol. 8, otoño de 1985, p. 43, respectivamente.

[26] Broadus Mitchell, *Alexander Hamilton*, 2 vols., Nueva York, Macmillan, 1957, vol. 1, *Youth to Maturity*, p. 356.

[27] Richard Bernstein, *Are We to Be a Nation? The Making of the Constitution*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1987, p. 99.

[28] *Original Laws of Maryland, 1785* (en el Maryland Hall of Records); *Votes and Proceedings of the House of Delegates of the State of Maryland, 1st Sess.,* 21 de noviembre de 1785, p. 19; «Una ley autoriza a los estados de Maryland y Virginia a hacer el trazado y a mejorar una carretera dentro de los límites de este estado, entre las aguas del río Potomac y las del río Ohio», *Maryland Journal* (Baltimore), 21 de febrero de 1786, p. 3.

[29] Max Farrand, *The Framing of the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1913, p. 8.

especialmente gratificante en un contexto, como el de Mount Vernon, que prometía beneficios económicos claros a los estados implicados.

Los Federalistas de Virginia dieron el próximo paso el 21 de enero de 1786 convenciendo a la asamblea legislativa para autorizar a siete delegados (incluido Madison) a invitar a diputados de otros estados a asistir a una reunión en Annapolis «para considerar y recomendar un plan federal para la regulación del comercio»[30]. Incluso en esta fase temprana, hay pruebas de que Madison era consciente de la dinámica del efecto «subirse al tren». Escribió esto a Monroe:

> ¿No sería preferible en general suspender todas las medidas para un remedio más completo de nuestro sistema federal hasta que haya concluido este experimento parcial [la regulación del comercio en Annapolis]? Si el espíritu de los miembros de la Convención ha de ser amistoso con la Unión, y sus procedimientos bien llevados, su regreso a los Consejos de sus respectivos estados facilitará enormemente las medidas subsiguientes que puedan tomar el Congreso o cualquiera de los estados[31].

Madison estaba ya en posesión de una idea clave para la legitimación no convencional. En vez de perseguir el objetivo de una única gran victoria, estaba iniciando un proceso escalonado en el que una iniciativa parcial cimentaba la siguiente en una serie de ratificaciones secuenciales:

> Los intentos de introducir una corrección por medio del Congreso han abortado. Dejemos, pues, que se forme una Convención. Si triunfa en primera instancia, podrá repetirse cuando otros defectos se impongan a la atención de la opinión pública, y cuando esta esté preparada para adoptar nuevos remedios. La Asamblea [de Virginia] no remitirá nada al Congreso. Se habría sublevado igualmente contra una comisión plenipotenciaria de sus diputados para la Convención. La alternativa, por consiguiente, era hacer lo que se ha hecho o no hacer nada. Si se ha hecho la elección correcta solo el tiempo lo dirá. En general no soy partidario de contemporizar o de los remedios parciales. Pero un exceso de rigor en este sentido puede ponerlo todo en peligro[32].

El proceso de «subirse al tren» había empezado en serio.

---

[30] M. Jensen (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, vol. 1, *Constitutional Documents and Records, 1776-1787*, cit., pp. 180.
[31] Carta a James Monroe, 13 de mayo de 1786, en Gaillard Hunt (ed.), *Writings of James Madison*, 9 vols., Nueva York, G. P. Putnam & Sons, 1900-1910, vol. 2 (1901), pp. 242-243.
[32] Carta a James Monroe, 19 de marzo de 1786, *ibid.*, pp. 233-234.

Annapolis

Pese a su cuestionable legalidad[33], el llamamiento de Virginia tuvo un éxito sorprendente y llevó a nueve estados a nombrar delegados a una convención que se celebraría en Annapolis en septiembre de 1786. Al mismo tiempo, provocó manifestaciones de desacuerdo en tres estados. Carolina del Sur se negó a participar en la Convención sobre la base de que «tenía una apariencia de estar revocando o infringiendo aquellos poderes» que la asamblea legislativa había reconocido al Congreso al aprobar el impuesto del 5 por 100[34]. La propuesta de Annapolis llevó a un *impasse* en Connecticut, pues los legisladores temían que debilitase al Congreso y que sentase un precedente para otras iniciativas ilegales[35]. El rechazo de Maryland era más complejo:

> La reunión propuesta puede ser mal entendida o tergiversada en Europa, agraviar al Congreso y producir desasosiego a los ciudadanos de Estados Unidos que de este modo pueden verse llevados erróneamente a sospechar que el gran concejo de este país tiene la voluntad de imponer un plan uniforme apropiado para la regulación de su comercio. Es preciso dar al Congreso el poder de llevar a cabo cualquier sistema que pueda ser adoptado por la propuesta reunión de delegados[36].

Aún peor, la reunión «puede provocar otras reuniones que pueden tener consecuencias imprevistas. Las innovaciones en el Gobierno, cuando no son absolutamente necesarias, son peligrosas, particularmente para las repúblicas, generalmente demasiado complacientes con las novedades y sujetas a cambio»[37].

Los delegados comisionados a Annapolis se reunirían en un estado que los había calificado de revolucionarios peligrosos. El primer contingente de delegados fue menos impresionante de lo esperado[38]. Cuando finalmente

---

[33] «Ya que los estados tenían prohibido por los Artículos de Confederación [Art. VI] firmar tratados o alianzas entre ellos sin el consentimiento del Congreso, cualquier acción que emprendiese la Convención de Annapolis sería claramente ilegal. Pero Madison, aunque no había caído en la desesperación, estaba dispuesto a hacer algo», William Peters, *A More Perfect Union*, Nueva York, Crown Publishers, 1987, pp. 9-10.

[34] Mervin Whealy, «The Revolution Is Not Over», *Maryland Historical Magazine*, vol. 81, 1986, p. 231.

[35] Madison explicó en 1786 que «Connecticut declinó no por un desacuerdo con el tema, sino por la idea de una Convención, que al parecer se había vuelto detestable por culpa de ciertas Convenciones internas que habían incomodado a la Autoridad Legislativa», G. Hunt (ed.), *Writings of Madison*, vol. 2, cit., p. 262.

[36] *Votes and Proceedings of the Senate of the State of Maryland*, 1st Sess., 8 de marzo de 1785, pp. 84-85.

[37] *Ibid.*

[38] New Hampshire, Massachusetts, Rhode Island y Carolina del Norte habían elegido delegados, pero todavía no habían llegado. El 8 de septiembre Madison escribe, fuera de sí: «Llegué hace un par de días a este lugar y solo encontré a dos [delegados]. Desde entonces han llegado unos cuantos más, pero la perspectiva de que llegue un número suficiente para que la reunión sea respetable no es muy halagüeña», carta a Ambrose Madison, 8 de septiembre de 1786, en G. Hunt (ed.), *Writings of James Madison*, vol. 2, cit., p. 269.

llegaron solamente doce delegados de cinco estados, los Federalistas trataron desesperadamente de mantener el impulso institucional. Antes de disolverse, respaldaron la convocatoria que hizo Hamilton de otra convención, esta vez en Filadelfia. Según el Informe de los Comisionados la nueva convención no tenía que limitarse a la «regulación comercial», sino que tenía que poder considerar una gama más amplia de «problemas [que], en un examen más detenido, pueden resultar ser más graves y más numerosos». Esta convocatoria planteaba una cuestión obvia: ¿quién había dado, al fin y al cabo, a estos emisarios una autoridad tan amplia? La respuesta que daba el Informe a esta pregunta era la siguiente: «Si al expresar este deseo o al insinuar cualquier otro sentimiento, los Comisionados dan la impresión de sobrepasar los límites estrictos de su nombramiento, tienen, de todos modos, plena confianza en que una conducta dictada por la preocupación por el bienestar de los Estados Unidos no dejará de recibir una interpretación indulgente»[39].

El resultado fue una asombrosa combinación de arrogancia y humildad. Los comisionados habían postulado la inmensa autoridad de convocar una convención, algo desconocido en el sistema establecido, para proponer enmiendas a los Artículos. Una vez dado este revolucionario paso, trataron de no dejar rastros ganándose la cooperación de las instituciones existentes[40]. Primero, especificaron que cualquier propuesta constitucional que surgiese de Filadelfia tenía que ser aprobada por el Congreso y por las trece asambleas legislativas. Esto fue precisamente lo que no sucedió; además, dada su voluntad de ir más allá de su mandato, ¿con qué seriedad podía uno tomarse su promesa sobre la futura convención? Sin embargo, la estipulación suavizaba el desafío a las autoridades existentes implícito en la convocatoria de una convención que, una vez constituida, sería un rival formidable.

Segundo, los comisionados no adoptaron ninguna iniciativa decisiva de forma unilateral. Pidieron al Congreso y a los trece estados que hicieran llamamientos a acudir a Filadelfia. ¿Provocaba esto un gran daño? Si las autoridades existentes ignoraban la invitación, esta sería rápidamente olvidada.

Pero si tocaba una fibra sensible, el aspecto arrogante del Informe surgiría de nuevo. En particular ¿requería la iniciativa el consentimiento de los trece estados y el del Congreso antes de que la Convención pudiese reunirse de manera apropiada? En caso negativo, ¿qué apoyos serían suficientes? Los comisionados no se pronunciaron abiertamente sobre estas cuestiones de procedimiento fundamentales. Ello bastó para precipitar el

---

[39] M. Jensen (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, vol. 1, *Constitutional Documents and Records, 1776-1787*, cit., pp. 182-185.

[40] Lamentablemente no he tenido más éxito que otros para poner al descubierto pruebas que revelen el rumbo tomado por las discusiones de los Comisionados. Mi análisis se basa simplemente en el texto del informe de Hamilton.

efecto «subirse al tren»: si el número de instituciones existentes que reconocían la necesidad de una convención era cada vez mayor, ¿no crearía esa dinámica de consentimiento su propia clase de legitimidad?

La Rebelión de Shays

Algunos autores atribuyen la convocatoria de Hamilton en Annapolis a la noticia del levantamiento que se produjo en Massachusetts que conocemos como la Rebelión de Shays[41]. Un estudio exhaustivo de las fuentes originales no respalda esta afirmación. Sin embargo, la noticia de la rebelión eclipsó rápidamente las informaciones sobre Annapolis y afectó profundamente su recepción pública.

Pero lo hizo de una forma compleja. Algunos relatos basados en la interpretación beardiana, hacen hincapié en las inquietudes de clase generadas por la Rebelión de Shays entre la elite revolucionaria, temores que la llevaron a adoptar medidas enérgicas, como una convención constitucional[42]. Esto es solo parte de la historia. Shays y los demás rebeldes de la Nueva Inglaterra rural no solo cerraron tribunales y se negaron a pagar deudas, sino que también se implicaron en formas más constructivas de actividad política, como reunirse en convenciones comarcales ilegales y elaborar unas demandas excepcionales para un cambio fundamental.

Esta forma de proceder llevó a sus oponentes, como era de esperar, a atacar el uso que hacían los granjeros de las convenciones. Los panfletistas, como el que se hacía llamar *Otro ciudadano* distinguían claramente entre las convenciones ilegales de la Revolución Americana y las nuevas asambleas rebeldes. Cuando los colonos estaban luchando contra los británicos no tenían otra alternativa que infringir la ley y reunirse en convenciones. Pero la situación había cambiado radicalmente en 1780, cuando el pueblo de Massachusetts aprobó solemnemente una constitución. Desde ese momento, ningún grupo de hombres podía correctamente reunirse en convención y «osar, con impunidad, poner los cimientos de una guerra civil en el estado, o importunar al Gobierno en la ejecución de sus poderes constitucionales»[43]. Un discurso del gobernador James Bowdoin de Massachusetts ampliaba este argumento:

---

[41] Véase Walter Mead, *The United States Constitution*, Columbia, University of South Carolina Press, 1987, p. 18; B. Mitchell, *Alexander Hamilton*, cit., vol. 1, p. 366.

[42] Compárese lo que dice Robert Feer en «Shays's Rebellion and the Constitution», *The New England Quarterly*, vol. 42, núm. 3, 1969, pp. 393-394, que minimiza el papel de la rebelión, con lo que dice David Szatmary, *Shays's Rebellion*, Amherst (MA), University of Massachusetts Press, 1980, p. 127, que le concede una importancia mayor.

[43] An Other Citizen, «On Conventions», *Worcester Magagazine*, 3ª semana de septiembre, 1786, p. 291.

> En el mismo pacto, el pueblo acordó solemnemente apoyar la Constitución por un período de quince años y prever anticipadamente la revisión de la misma al final de este período, si ello se consideraba necesario. No hay funcionario, alto o bajo, en la mancomunidad, cuya autoridad no derive enteramente del pueblo, y que no sea responsable de su conducta ante los tribunales apropiados [...] Si los ciudadanos del estado tienen motivos de queja que pueden ser reparados por la acción de la asamblea legislativa, pensamos que en este caso sus privilegios no pueden ser ampliados, pues el Tribunal General lo elige anualmente el pueblo; y aunque en un año nuestras reclamaciones no sean atendidas, siempre podemos, en las próximas elecciones, votar a aquellos que respondan a nuestras razonables expectativas; y nos vemos en la obligación de decir que ignoramos en qué momento los representantes del pueblo en este estado no han cumplido debidamente las instrucciones de sus electores [...]. Queridos conciudadanos, yo os ruego, por el pacto *sagrado* que nos mantiene unidos en sociedad, por la *sangre* que nuestros hermanos vertieron *en aras de nuestra libertad*, en consideración a la *prosperidad de nuestros hijos*, que reclaman la libertad de nuestra mano como *su* herencia por *concesión* del cielo, que los esfuerzos que dediquéis a reparar los agravios se circunscriban *solamente en un marco constitucional y ordenado*[44].

Teniendo en cuenta la contundencia de dichos principios era difícil que los partidarios de Shays se apuntasen a la iniciativa de Annapolis. ¿Acaso la llamada a una convención en Filadelfia no era tan ilegítima como las organizadas por los granjeros rebeldes?[45].

La cuestión pronto tuvo repercusiones en la asamblea legislativa de Massachusetts. Tanto Rufus King como Nathan Dane rechazaron la propuesta de Annapolis por inconstitucional. Esta fue la explicación de King: «La Confederación fue una ley del pueblo. Ninguna parte de ella puede

[44] Discurso dirigido a los miembros del ejecutivo (*selectmen*) de Boston, *Worcester Magazine*, 3ª semana de septiembre de 1786, pp. 301-302.

[45] El dilema con el que se enfrentaban los legalistas de Nueva Inglaterra era apreciado en todo el país. En una fecha tan tardía como la de la convención de ratificación estatal en Virginia, William Grayson comentó: «Cuando este estado propuso que el gobierno general tenía que mejorar, Massachusetts todavía estaba recuperándose de una rebelión que había llevado a la república al borde de la destrucción [...] Massachusetts estaba muy satisfecha de que estas conmociones internas se hubiesen resuelto felizmente y no estaba dispuesta a correr riesgos similares por causa de unos experimentos teóricos. ¿Estaban los estados del este dispuestos a adoptar esta medida? ¿Estaban dispuestos a aceptar la propuesta de Virginia? ¿De qué modo fue recibida? Connecticut se sublevó ante la idea. Los estados del este, señor, no estaban dispuestos a recomendar la convocatoria de una convención. Eran conscientes de los peligros que traen consigo las revoluciones y los cambios. ¿Por qué se hicieron tantos esfuerzos y se dedicó tanto trabajo a llevarla a cabo? Esto hubiera sido innecesario si la medida hubiese sido aprobada por el pueblo [...]. No he oído ninguna queja de ninguna otra parte de la Unión excepto de Virginia», J. Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, cit., vol. 3, pp. 274-275.

ser alterada sin el consentimiento del Congreso y la confirmación de las diversas Asambleas legislativas. El Congreso, por consiguiente, debería examinarla primero, porque si fue proclamada por una convención ninguna Asamblea legislativa tendría derecho a confirmarla [...]. Además, si el Congreso no estuviese de acuerdo con el informe de una convención, de ello se seguirían las más fatales consecuencias»[46].

King y Dane eran personajes importantes. Pocos meses después redactarían la resolución del Congreso invitando a los estados a enviar delegados a Filadelfia. Pero durante el otoño de 1786 estaban más impresionados por las convenciones comarcales de los partidarios de Shays. Lejos de ser un acicate para las clases altas, la Rebelión de Shays fue un ejemplo de lo fácilmente que la ilegalidad podía dispararse sin control.

Teniendo en cuenta estas preocupaciones, no tiene nada de extraño que Nueva York y Nueva Inglaterra tardasen en responder a la llamada a Filadelfia que se hizo en Annapolis[47]. Pero más al sur, los Federalistas consiguieron una serie de respuestas favorables[48], y pudieron mantener el ímpetu durante todo el invierno de 1786, hasta que el efecto «subirse al tren» pudo ser renovado por otra ronda de confirmaciones oficiales.

El Congreso Continental se sube al tren

El Congreso recibió las actas de la Convención de Annapolis el 20 de septiembre y las remitió a un comité especial, que no hizo nada durante meses. A comienzos de febrero, Madison y Hamilton habían llegado al Congreso para hacer campaña a favor de la aprobación, pero otros continuaron impresionados por el carácter ilegal de todo el asunto. Richard Henry Lee, miembro del comité especial del Congreso, analizó la situación:

> Con dificultades, los amigos del sistema adoptado por la convención [en Annapolis] indujeron al Congreso a considerar tu informe, aunque todos eran fervientes partidarios de cumplir los objetivos propuestos por los autores de la convención comercial. De hecho, su convicción de lo inadecuado que es el actual gobierno federal les hace especialmente deseosos de enmendarlo y fortalecerlo. Pero hay diferentes opiniones respecto al modo de hacerlo; algunos piensan en la reunión de Annapolis;

---

[46] Rufus King, «Proceedings of Government», *Worcester Magazine*, 3ª semana de octubre de 1786, p. 353. Un mes más tarde, Nathan Dane repetía los argumentos de King en otro discurso a la Cámara, publicado en el *Newport Mercury* del 27 de noviembre de 1786, p.1.

[47] Solo Massachusetts aprobó la Convención de Filadelfia antes de que actuase el Congreso. Los otros estados respondieron a la decisión que tomó el Congreso en febrero: Nueva York (6 de marzo), Connecticut (17 de mayo), New Hampshire (27 de junio). Rhode Island no contestó.

[48] Entre ellas las de Nueva Jersey (23 de noviembre), Virginia (4 de diciembre), Pensilvania (30 de diciembre), Carolina del Norte (6 de enero), Delaware (3 de febrero), Georgia (10 de febrero), Carolina del Sur (8 de marzo) y Maryland (26 de mayo).

> otros consideran que el Congreso es no solo el organismo más constitucional, sino también el más idóneo para proponer y poner en marcha las necesarias enmiendas a la confederación, y otros prefieren, para este propósito, las convenciones estatales y un Congreso de delegados nombrado por estas convenciones y con poderes plenipotenciarios[49].

Pese a estas vacilaciones, el aval del Congreso era imperativo si Filadelfia quería ser creíble. Muchos estados, especialmente en el Norte, no estaban dispuestos a enviar delegados a una convención no constitucional, a menos que el Congreso lo aprobase expresamente.

En este contexto, los partidarios de la convención se vieron reforzados desde una dirección sorprendente: los mismos King y Dane que se habían opuesto a Filadelfia en Massachusetts salían ahora en su defensa como delegados del Congreso. Tras una serie de discusiones preliminares a mediados de febrero, los dos delegados de Massachusetts redactaron la resolución que obtuvo la aprobación del Congreso el 21 de febrero, pidiendo a los estados que enviasen delegados a Filadelfia «con el *único y expreso* propósito de revisar los Artículos»[50]. ¿Cómo entender este cambio?

King lo explica en una carta a Elbridge Gerry: «Por una serie de razones, aunque mis sentimientos son los mismos por lo que respecta a la legalidad de esta medida, creo que no debemos oponernos sino coincidir en este proyecto […]. Los acontecimientos están precipitando una crisis; los hombres sagaces y prudentes han de estar preparados para aprovechar las circunstancias más favorables al establecimiento de un gobierno más vigoroso y permanente»[51]. Los observadores cercanos tuvieron pocas dificultades para explicar la conversión de King. En ese momento, Massachusetts estaba efectivamente sofocando la Rebelión de Shays[52]. Stephen Higginson, que había sido nombrado delegado por Massachusetts en la convención de

[49] Carta de Lee a Tucker, 20 de octubre de 1786, Edmund C. Burnett (ed.), *Letters of Members of the Continental Congress*, 8 vols., Washington DC, Carnegie Institution, 1921-1936, vol. 8 (1936), pp. 489-490. Madison dice que «las objeciones que parecían prevalecer en contra de la recomendación de la convención por el Congreso eran, según unos, (1) que tendía a debilitar a la autoridad federal al dejar la sanción a un modo de proceder extraconstitucional; y según otros, (2) que la interpretación del Congreso sería considerada por los más envidiosos como la muestra de un deseo ambicioso de hacerse con el poder»: Madison, 21 de febrero de 1787, en M. Jensen (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, vol. 1, *Constitutional Documents and Records, 1776-1787*, cit., p. 188. Madison también dice que los delegados de Nueva Inglaterra no eran tan entusiastas, y lo atribuía en parte al «efecto de sus recientes desconciertos» (o sea, a la Rebelión de Shays), *ibid*., p. 189.
[50] *Ibid*., p. 187 (el subrayado es mío).
[51] Carta del 11 de febrero de 1787, en Charles King (ed.), *The Life and Correspondence of Rufus King*, 6 vols., Nueva York, G. P. Putnam's Sons, 1894-1900, vol. 1 (1894), pp. 201-202.
[52] El 4 de febrero, el ejército del general Lincoln tomó por sorpresa a los rebeldes de Shays en Petersham. Aquel mismo día, el Tribunal General de Massachusetts declaró el estado de rebelión, que confirió unos poderes prácticamente ilimitados al gobernador Bowdoin. Este los utilizó para reclutar unos 2.600 soldados. Doce días después, Massachusetts aprobó una ley que impedía a los rebeldes de Shays votar, hacer de jurados o ejercer cargos públicos. Esto terminó con el temor de ataques importantes de los rebeldes de Shays. D. Szatmary, *Shays's Rebellion*, cit., pp. 102-107.

Annapolis, observó irónicamente que King y Dane «no pensarán ahora que hay un parecido tan grande como pensaban entre nuestras Convenciones Comarcales […] y la que se ha propuesto celebrar en Filadelfia el mes de mayo, ni tampoco se imaginarán que esta última represente un peligro tan grande para la Unión como nuestra experiencia ha demostrado que fue justamente percibido de las primeras para esta Confederación»[53].

Pese al explícito reconocimiento de la ilegalidad formal por parte de sus redactores, la resolución bastó para impulsar el tren institucional. Con la Rebelión de Shays bajo control, los estados del Norte se unieron a los rezagados del Sur respondiendo afirmativamente a la invitación del Congreso para acudir a Filadelfia.

Con una excepción.

Rhode Island

«Permita a la asamblea legislativa de este estado que se dirija a usted», escribió el gobernador de Rhode Island John Collins al presidente del Congreso Continental, para explicarle los motivos de la negativa de su estado a enviar delegados a Filadelfia:

> [Como] cuerpo legislativo no podemos nombrar delegados para que hagan lo que solo el pueblo en su conjunto tiene derecho a hacer. En virtud de una ley de nuestro estado, los delegados del Congreso los eligen los sufragios de todos los hombres libres, y son nombrados para representarlos en el Congreso; que el cuerpo legislativo haya nombrado delegados para representarlos en una convención cuando no puede nombrar delegados en el Congreso (excepto por causa de muerte u otra razón fortuita), es absurdo, dado que esta delegación en la convención tiene el propósito expreso de modificar una constitución, y que solo el pueblo en su conjunto tiene capacidad para nombrar a sus miembros[54].

La objeción de Collins no fue en absoluto la única. Otros, incluido John Jay, estaban profundamente preocupados por el hecho de que la Convención de Filadelfia fue una criatura de las asambleas legislativas de los estados, y que por ello no podían reclamar una conexión lo suficientemente directa con «el Pueblo»[55]. Tras cuestionar la legitimidad de la Convención, Collins citaba al pie de la letra el último Artículo de Confederación, poniendo de

---

[53] Carta al general Knox, 8 de febrero de 1787, en Thomas Higginson, *The Life and Times of Stephen Higginson*, Boston y Nueva York, Houghton, Mifflin and Company, 1907, p. 113.
[54] Carta del 15 de septiembre de 1787, en William Staples, *Rhode Island in the Continental Congress*, Provindence (RI), Providence Press Co., 1870, pp. 575-576.
[55] Véase la reveladora carta de Jay a Washington, en Ch. King (ed.), *The Life and Correspondence of Rufus King*, cit., pp. 208-209.

manifiesto la «desconfianza de Rhode Island frente al poder y su aprensión por la disolución de un pacto formulado por la sabiduría de unos hombres orgullosos de jugar un papel decisivo en la preservación de los derechos religiosos y civiles de multitud de personas […]; y temiendo que si alguna vez se rompe el pacto todos nos perderemos en una ruina común»[56].

Y, sin embargo, por su fuerza retórica, esta carta es una prueba del éxito federalista en la resolución del problema de la señalización. El primer indicio claro es su fecha: 15 de septiembre, un momento en que los trabajos de la Convención casi han finalizado. Con el Congreso y doce estados respaldándola, Rhode Island ha quedado reducida a mero redactor de unas cuantas cartas. Efectivamente, el gobernador escribe una apología de algo que normalmente no requiere defensa: la negativa del estado a cooperar en un intento claramente anticonstitucional de modificar el *statu quo*.

No pretendo exagerar el éxito federalista. Si bien el efecto de «subirse al tren» ha convertido la Convención de Filadelfia en una señal constitucional creíble, los Federalistas tenían muchos más obstáculos que superar antes de que su Constitución obtuviese el reconocimiento de ser el fruto de un empeño colectivo de Nosotros, el Pueblo.

Sin embargo, no es fácil crear una alternativa plausible al sistema de producción normativa de carácter superior existente, y es importante reflexionar sobre los métodos característicos de los Federalistas. Considérese el número de veces que habían obtenido confirmación oficial para sus actividades extraconstitucionales. En el resumen que sigue, he puesto en cursiva los roles desempeñados por los organismos legales, y en versalitas las asambleas paralegales:

Desde el envío de delegados sobre el comercio por parte de *Virginia y Maryland* a la Conferencia de Mount Vernon, hasta su confirmación por los *dos estados* y la *llamada de Virginia* a Annapolis.

Hasta la confirmación por parte de *nueve estados* de la Reunión de Annapolis sobre la discrepancia legalista de *otros cuatro*; hasta la llamada en Annapolis a una Convención en Filadelfia y su confirmación por algunos de los *estados del Sur*, mientras *los del Norte* permanecían en un estado de indecisión legalista.

Hasta la *recomendación del Congreso* de la Convención de Filadelfia y su confirmación por parte de *Nueva York y Nueva Inglaterra* sobre la discrepancia legalista de *Rhode Island*.

Hasta la Convención de Filadelfia.

---

[56] Carta del 15 de septiembre de 1787, en W. Staples, *Rhode Island in the Continental Congress*, cit., p. 576.

La propuesta y las funciones desencadenantes

Durante las reuniones de la Convención existía una expectativa general respecto a la elaboración de una propuesta constitucional. Pero no era nada obvio que se propusiera la creación de un régimen enteramente nuevo. No menos impredecible era el intento de la Fundación de poner en marcha un procedimiento enteramente nuevo para la ratificación. Estas dos iniciativas –la propuesta de un nuevo régimen y la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de ratificación– eran analíticamente distintas, pero los Federalistas a menudo las combinaron en su intento de vencer las resistencias, por lo que las consideraré juntas.

Ilegalidad en Filadelfia

La ilegalidad fue un leitmotiv en la Convención desde el primer al último momento. La cuestión se suscitó durante las primeras seis semanas por un agrio debate entre nacionalistas y descentralizadores respecto al alcance de la propuesta de la Convención. Los nacionalistas se apoderaron del orden del día con su Plan Virginia de quince puntos, que consideraba la posibilidad de un gobierno nacional fuerte con instituciones legislativas, ejecutivas y judiciales actuando independientemente de los estados[57]. Los descentralizadores respondieron con el Plan Nueva Jersey, que aumentaba los poderes del Congreso existente sin cuestionar premisas básicas, especialmente el principio que daba a cada estado el mismo poder de voto en el Congreso continental.

Los descentralizadores se cubrieron una y otra vez con el manto de la legalidad. Esto es lo que dijo William Paterson al presentar el Plan New Jersey.

> Dijo que la Convención se había formado de conformidad con una Ley del Congreso, que esta ley era enumerada en varias de las Comisiones, particularmente en la de Massachusetts, que exigió que fuese leída; que la enmienda de la confederación fue objeto de todas las leyes y comisiones

[57] El problema de la ilegalidad irrumpió en el centro del debate con el primero de los quince puntos del Plan Virginia, que sostenía que «una unión de los estados meramente federal no cumplirá los objetivos propuestos por los artículos de confederación». Tanto Pinckney, de Carolina del Sur, como Gerry, de Massachusetts, alegaron que estas propuestas iban más allá de su cometido, véase al respecto, M. Farrand (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, cit., vol. 1, pp. 42-43. Estos dos hombres eran fundamentales para los virginianos y rápidamente se postergó la discusión, solo para encontrar una mayor resistencia legalista a su segunda resolución, que exigía una ruptura radical con el sistema de la Confederación de «un estado, un voto», imperante en el Congreso. En respuesta a las previsibles objeciones de Delaware –a las que se unió el gobernador Morris– los centralizadores emprendieron rápidamente la retirada, *ibid.*, p. 37. En el momento en que tenían lugar estos debates, a finales de mayo, solo habían aparecido por Filadelfia representantes de ocho estados. Una retirada legalista de Delaware podía haber empujado a la Convención a tomar el camino de Annapolis.

> sobre el tema; que los artículos de la confederación, por consiguiente, eran la base apropiada de todos los procedimientos de la Convención. Deberíamos circunscribirnos a sus límites o podríamos ser acusados por nuestros electores de usurpación, que el pueblo americano era muy perspicaz y no podía ser engañado. Pero las Comisiones bajo las que actuábamos no eran solo la medida de nuestro poder, sino que también denotaban los sentimientos de los estados respecto al tema de nuestra deliberación. La idea de un Gobierno nacional en contraposición a un gobierno federal nunca entró en la mente de ninguno de ellos, y para la mente pública somos nosotros los que hemos de adaptarnos [...]. Hemos de seguir al pueblo; no es el pueblo el que ha de seguirnos a nosotros[58].

Según el punto de vista ampliamente compartido de Paterson[59], se trataba de un plan moderado, como el de Nueva Jersey, que consideraba como una revisión. Las propuestas nacionalistas defendidas por Madison, Wilson y Hamilton estaban simplemente más allá de la autoridad de la Convención: «Si la confederación era un error radical, volvamos a nuestros estados y obtengamos más poderes, no los asumamos nosotros»[60].

Especialmente problemático era el deseo de los centralizadores de privar a los estados pequeños del poder igual de voto: «Lee el Artículo Cinco de la Confederación, que otorga un voto a cada estado, y el 13, que declara que no se modificará nada sin unanimidad. Es la esencia de todos los tratados. Lo que se hace por unanimidad ha de deshacerse por unanimidad»[61]. A lo largo de estas amargas semanas, las inquietudes legalistas de Paterson se vieron reafirmadas por la postura de sus aliados[62].

Con la excepción de Madison[63], los nacionalistas se mostraron sorprendentemente indiferentes a las cuestiones legalistas. Edmund Randolph,

---

[58] *Ibid.*, p. 178.

[59] Incluso Hamilton admitía que los planes de los centralizadores «distaban mucho de la idea del pueblo. Quizá el Plan Nueva Jersey está más cerca de sus expectativas. Pero el Pueblo está madurando gradualmente», *ibid.*, p. 301). Muchos comentaristas inteligentes parecen no ser conscientes del problema de la autoridad legal: «Los defensores del Plan Nueva Jersey no pueden aportar un argumento positivo a favor del mismo, siendo su mejor defensa aducir que su plan era menos radical y que, por consiguiente, estaba más en consonancia con lo que quería el pueblo», como si la legalidad no fuese un «argumento positivo», Fred Barbash, *The Founding: A Dramatic Account of the Writing of the Constitution*, Nueva York, Simon and Schuster, 1987, p. 87.

[60] M. Farrand (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, cit., vol. 1, p. 250 (Paterson).

[61] *Ibid.*

[62] *Ibid.*, p. 336 (Lansing); p. 531 (Bedford); p. 469 (Ellsworth).

[63] Madison lanzó un globo sonda en un discurso sugiriendo que el plan de los nacionalistas podía contar como una «revisión» apropiada de los Artículos en los términos de la Resolución del Congreso. Al fin y al cabo, la Resolución sugería que los delegados tenían que «adecuar la constitución federal a las exigencias del gobierno y a la preservación de la Unión». También discutía la opinión de Paterson según la cual los Artículos no podían ser legalmente disueltos sin la aprobación unánime de los trece estados. Según este punto de vista, habría ocasiones en las que la violación de los Artículos por parte de algunos estados permitiría a otros declararlos nulos, *ibid.*, pp. 314-315.

que había presentado el Plan Virginia, respondió a los legalismos recurrentes explicando que «no era escrupuloso en la cuestión del poder. Cuando la salvación de la República estaba en juego, hubiera sido una traición a nuestra confianza no proponer lo que considerábamos necesario»[64]. Estos sentimientos eran a veces reforzados con llamadas a la soberanía popular, como la de James Wilson: «No tenemos poderes para concluir nada; no tenemos poder para proponer nada; esperamos la aprobación del Congreso, confiamos en la de las asambleas legislativas de los diferentes estados; quizá no sea inconsistente con los principios de la revolución prometernos a nosotros mismos la aprobación del Pueblo, siempre que no pueda obtenerse un mecanismo más regular, etcétera, etcétera»[65].

Este debate terminó en julio con el Gran Compromiso, en virtud del cual la Convención aceptó (por un estrecho margen) la mayor parte de la ofensiva centralizadora del Plan Virginia y aplacó a los descentralizadores dando un voto igual en el Senado a todos los estados. Poco después, los neoyorquinos Robert Yates y John Lansing abandonaron, denunciando abiertamente las ilegalidades contempladas por una descontrolada Convención[66].

Pero los que se quedaron no daban por terminado el problema. Aunque se estaban moviendo en la dirección de una propuesta revolucionaria, no se habían enfrentado abiertamente al Artículo XIII de la Confederación: ¿estaban finalmente preparados para aceptar un papel humilde y someter sus recomendaciones al Congreso y a las asambleas legislativas de los trece estados?

Tras una serie de discusiones infructuosas, la cuestión se planteó en el hemiciclo a finales de agosto: «Mr. Sherman dudaba de la conveniencia de autorizar a un grupo de estados menor de trece para implementar la Constitución, teniendo en cuenta la naturaleza de la Confederación existente. Quizá todos los estados pueden coincidir, y partiendo de esta

---

Estas observaciones influyeron poco en el debate. Otros recogieron parte de la interpretación amplia que hizo Madison de la llamada del Congreso, pero incluso los nacionalistas convencidos como Hamilton admitían «no estar todavía preparados para aceptar la doctrina de que la Confederación podía ser disuelta por infracciones parciales de la misma», *ibid*., p. 324. Ellsworth denunció «la doctrina según la cual la infracción de [cualquiera de] los artículos federales podía anularlos todos. Sería muy peligroso no considerar que la Confederación todavía seguía en pie», *ibid*., p. 335.

Teniendo en cuenta esta fría recepción, no es sorprendente que Madison abandonase sus legalismos al defender en público la decisión desencadenante de la Convención. Véase, en general, B. Ackerman y N. Katyal, «Our Unconventional Founding», cit., pp. 508-510, 539-558.

[64] M. Farrand (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, cit., vol. 1, p. 255. Véanse los sentimientos similares de Hamilton, *ibid*., p. 283; y Mason, *ibid*., p. 338.

[65] *Ibid*., p. 266 (citado por King). El informe de Madison de las mismas observaciones no contiene ninguna referencia explícita a los «principios de la revolución»: «Con respecto al poder de la Convención, no se consideraba autorizado para concluir nada, pero sí para proponer lo que fuese», *ibid*., p. 253.

[66] J. Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, cit., vol. 1, p. 480.

suposición es innecesario perder la confianza»[67]. Luego, el gobernador Morris se inclinó por «dejar que los estados continuasen con sus propios modos de ratificación». Esto llevó inmediatamente a Daniel Carroll, de Maryland, a provocar un gran revuelo: «Mr. Carrol [*sic*] mencionó la forma de modificar la Constitución de Maryland señalada en ella, y dijo que en aquel estado no podía hacerse de otro modo»[68]. Madison trató de tranquilizar a los delegados:

> La dificultad en Maryland no era mayor que en otros estados, donde la Constitución no especificaba ningún modo de cambio, y donde todos los funcionarios habían jurado defenderla. El pueblo era, de hecho, la fuente de la que emanaba todo poder, y recurriendo a él se superaban todas las dificultades. El pueblo podía modificar constituciones a su antojo. Uno de los principios de la Carta de Derechos era que podría recurrirse a los primeros principios[69].

Los representantes de Maryland no se sintieron impresionados. James McHenry había apuntado que «los funcionarios del gobierno en Maryland habían jurado respaldar el modo de modificación prescrito por la Constitución»[70]. King recordó que la constitución de Massachusetts, que tenía un procedimiento explícito para convocar convenciones, «era inalterable hasta el año 1790»[71].

Tranquilizó a sus compañeros, sin embargo, afirmando que «esto no era un problema para él. El Estado tenía que haber considerado recurrir a los primeros principios antes de enviar diputados a esta Convención»[72], una afirmación notable viniendo de un hombre que había confesado repetidamente la ilegalidad de toda la empresa. Previamente, sin embargo, había dejado claras las razones de su insistencia en ignorar las constituciones estatales: «Mr. King pensaba que eliminar las "Convenciones" como un requisito era equivalente a abandonar el asunto completamente. Solo las Convenciones, que evitan todos los obstáculos de la complicada formación de las asambleas legislativas, pueden lograrlo, y si no son positivamente requeridas por el plan, sus enemigos se opondrán a este modo»[73].

---

[67] M. Farrand (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, cit., vol. 2, p. 475.
[68] *Ibid*., p. 475. La Constitución de Maryland de 1776 declaraba que no podían producirse cambios «a menos que un proyecto de ley para modificarla, cambiarla o abolirla fuese aprobado por la Asamblea General y publicado al menos tres meses antes de unas nuevas elecciones», John Jameson, *A Treatise on the Principles of American Constitutional Law and Legislation*, Chicago, E. B. Myers, 1869, § 224.
[69] M. Farrand (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, cit., vol. 2, p. 476.
[70] *Ibid*. Luther Martin «reiteró esta peculiaridad de la Constitución de Maryland», *ibid*.
[71] *Ibid*., pp. 476-477. En realidad fue en 1795. Madison pudo haberlo entendido mal o King pudo haberse equivocado.
[72] *Ibid.*
[73] *Ibid*., p. 476.

Las predicciones de King se cumplirían durante la batalla por la ratificación. La Constitución no podría haber triunfado de ningún modo sin la ruptura revolucionaria de la Convención con el Artículo XIII. Este fue probablemente el motivo de que el debate fuese tan breve, sin nadie más que Madison tratando de responder a las dudas legalistas de los discrepantes. Los Federalistas tenían los votos, y punto. La mayoría de la Convención dejó muy claro que no solicitaría formalmente la aprobación del Congreso, dejando sin responder a Elbridge Gerry cuando este «se explayó sobre lo inapropiado que era destrozar la Confederación existente sin el consentimiento unánime de los partes»[74].

La suerte estaba echada, pero entonces se produjo un momento de vacilación. En una de las últimas reuniones de trabajo de la Convención, Alexander Hamilton pidió cautela. No muy conocido, por lo demás, dada su timidez, marcó el límite en un asalto frontal al sistema de producción normativa de carácter superior. Propuso que «el precedente Plan de una Constitución fuese transmitido a los Estados Unidos reunidos en asamblea en el Congreso, para que, si se producía un acuerdo, este fuese comunicado a las asambleas legislativas de los diversos estados». Tras acatar estrictamente los Artículos, su moción «recomendaba» que cada estado considerase si debía cambiar voluntariamente las prácticas para la ratificación. Hamilton sugirió que las asambleas legislativas se abstuviesen de considerar a la propia Constitución y convocasen una convención constitucional especial. Se mostró aún más tentativo al confrontar la insistencia de los Artículos en la aprobación por unanimidad de los trece estados. Esta vez, su moción contenía meramente una «recomendación» doblemente condicional a las asambleas legislativas. No las exhortaba a romper con la regla de la unanimidad sino simplemente a autorizar a su convención estatal que llevase a cabo la ruptura «si» la convención «fuese de la opinión» de que nueve estados eran suficientes para aprobar la Constitución[75].

La cautela de Hamilton se basaba indudablemente en las denuncias legalistas que Yates y Lansing ya estaban haciendo públicas en Nueva York; incluso en este tardío momento, a sus peticiones se sumaron legalistas discrepantes como Elbridge Gerry, que luego se negó a firmar: «Si nueve de trece estados pueden disolver el pacto, seis de nueve podrán disolver el nuevo pacto de ahora en adelante»[76].

Como era habitual, esta última petición legalista fue rebatida no con una defensa legalista sino con unas cuantas frías verdades de James Wilson:

---

[74] *Ibid.*, p. 478.
[75] *Ibid.*, p. 560.
[76] *Ibid.*, p. 561.

> Expresó de manera contundente su desaprobación, particularmente en lo relativo a la suspensión del plan de la Convención para la aprobación del Congreso. Declaró que era una auténtica locura confiar en la concurrencia con el plan de los miembros de Rhode Island en el Congreso. Maryland había votado en este hemiciclo a favor de exigir el acuerdo unánime de los trece estados al cambio propuesto en el sistema federal. Nueva York no ha estado representado durante mucho tiempo en la Convención. Muchos diputados individuales de otros estados se han pronunciado muchas veces en contra del plan. En estas circunstancias lo menos arriesgado es hacer que la aprobación del Congreso sea necesaria. Tras dedicar cuatro o cinco meses a la ardua y laboriosa tarea de formar un gobierno para nuestro país, estamos finalmente erigiendo obstáculos insuperables en el camino de su éxito[77].

Las vacilaciones legalistas de Hamilton fueron desechadas por una votación de diez estados a uno[78]. Pero la gráfica descripción que hizo Wilson de la eventual oposición dejó claro lo vulnerable que sería la propuesta de la Convención en los meses venideros. De los cincuenta y cinco delegados, solo treinta y ocho firmaron la propuesta final. Luther Martin y John Francis Mercer, de Maryland, habían seguido recientemente los pasos de Yates y Lansing, de Nueva York, en una retirada pública y enérgica. ¿Sería suficiente la reputación de George Washington y de unos cuantos personajes ilustres para mantener en marcha el tren institucional?

Confirmación en Nueva York

El mismo día que aprobó la Constitución, la Convención también «resolvió que la Constitución precedente fuese sometida a los Estados Unidos en un pleno del Congreso», sin conceder el derecho a veto y sin revisar su resultado final[79].

Esta iniciativa no convencional tendría ahora que empezar a parecer familiar. Pero también era muy peligrosa: una vez que el Congreso hiciese suya la Constitución ¿trataría de cambiar las reglas del juego una vez más? Una vez que la Convención se disolviese en Filadelfia, ¿cómo respondería a una determinación contraria por parte del Congreso de su autoridad?

No eran preguntas ociosas, como demostrarían los hechos. Cuando el Congreso adoptó la Constitución nueve días más tarde, Richard Henry

---

[77] *Ibid*., p. 562.

[78] *Ibid*., p. 563. Cuando Lansing y Yates abandonaron la Convención, Hamilton ya no estuvo autorizado a emitir el voto de Nueva York, ya que no representaba a la mayoría de la delegación estatal. El único voto emitido a favor de la moción de Hamilton fue el de Connecticut.

[79] M. Jensen (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, vol. 1, *Constitutional Documents and Records, 1776-1787*, cit., p. 317.

Lee, de Virginia, se puso a la cabeza de los críticos. Lee se había negado a asistir a Filadelfia porque le parecía inapropiado participar en una decisión que iba a tener que revisar en su calidad de congresista. Ahora se veía confrontado a un hecho consumado:

> Era la doctrina más extraña que jamás había oído, que, refiriéndose a un asunto del informe, no debería hacerse modificación alguna […]. Los estados y el Congreso, piensa, tenían la idea de que el Congreso podía hacer enmiendas si lo consideraba adecuado. Desea examinar francamente el asunto y proponer las alteraciones que considere necesarias […]. Insistir en que ha de quedar tal cual, sin enmiendas, es como presentarle cincuenta platos a un hombre hambriento y decirle que tiene que comérselos todos o que no podrá comer ninguno[80].

Volviendo apresuradamente a su escaño en el Congreso[81], Madison admitió que este tenía el derecho legal de revisar el texto de la Convención[82]. Trató de evitar su ingerencia con uno de los argumentos más notables de la historia constitucional: «que, como Ley de la Convención, de ser modificada se convertirá instantáneamente en una mera ley del Congreso, y tendrá que ser propuesta por este, y naturalmente, será enviada a las asambleas legislativas, no a las convenciones de los estados, y requerirá la ratificación de trece y no de nueve estados, y como ley no modificada irá a los estados directamente desde la Convención bajo los auspicios de este órgano»[83]. Dicho de otro modo, si el Congreso quería que se hiciese algo, no podía tocar la propuesta de la Convención, ¡dado que solamente esta propuesta podía ser procesada por la regla extraconstitucional de los nueve de trece! ¡Si el Congreso no quería topar con el muro del Artículo XIII no podía convertir la propuesta revolucionaria en un «mero» acto legal!

Era todo o nada; la decisión inicial revolucionaria de la Convención era invocada para evitar los intentos de reducir su propuesta revolucionaria. Y sin embargo, estas preocupaciones respecto a la «mera» legalidad no disuadieron a Madison de pedir al Congreso que enviase un mensaje a los estados aprobando sin ambigüedades los méritos de la Constitución. En vez de *sustituir* su justificación legal por la declaración revolucionaria de la

---

[80] *Ibid*., p. 336 (citando las notas de Melancton Smith del 27 de septiembre de 1787).

[81] Su retorno parece haber estado motivado por su temor al sabotaje del Congreso. Véase la carta de Carrington a Madison, Nueva York, 23 de septiembre de 1787, en *ibid*., p. 326.

[82] Madison no negaba «el derecho del Congreso» a proponer enmiendas, pero aducía que sería «inoportuno». Madison a Washington, 30 de septiembre de 1787, en E. C. Burnett (ed.), *Letters of Members of the Continental Congress*, cit., vol. 8, p. 27.

[83] *Ibid*. Madison rechazó la afirmación de Lee y Dane según la cual «como la nueva Constitución era más que una modificación de los artículos de Confederación […] e incluso subvertía totalmente dichos Artículos, constituía una incorrección constitucional el hecho de llevar a cabo una acción positiva en el trabajo», argumentando que «aunque esté más allá de estos poderes, la misma necesidad que justificó la Convención justificaría el Congreso».

Convención, Madison quería *complementar* la autoridad de la Convención con la suya propia, confiriendo un nuevo impulso al tren institucional.

Compárese esto con la resolución de Lee:

> Decidido, que el Congreso, tras prestar la debida atención a la Constitución bajo la cual existe y actúa, considera que dicha Constitución, en virtud de su Artículo XIII, limita el poder del Congreso a la enmienda de la presente Confederación de trece estados, pero no la extiende a la creación de una nueva confederación de nueve estados; y habiéndose constituido la última Convención bajo la autoridad de doce estados de esta Unión, se considera respetuoso transmitir, y en consecuencia se ordena, que el plan de una nueva Constitución Federal presentado al Congreso por dicha Convención sea enviado al ejecutivo de cada estado de la Unión para ser sometido a sus respectivas asambleas legislativas[84].

Respuesta de Madison: «No podemos acceder [...]. Si esta Cámara no puede aprobar [la Constitución], significa que la crisis todavía no se ha producido e implica desap[robación]»[85]. Al final del debate, Madison tuvo que conformarse con algo menos que la aprobación explícita, pero con algo más que el énfasis que ponía Lee en la ilegalidad de la Convención. El 28 de septiembre, el Congreso resolvió que «dicho informe [...] sea enviado a las diversas asambleas legislativas para que sea sometido a una convención de delegados elegidos en cada estado por el pueblo de conformidad con las resoluciones de la Convención»[86]. Si bien el Congreso se abstuvo de juzgar los méritos de la Constitución, esta confirmación explícita de la decisión inicial de la Convención fue fundamental, como pronto demostrarían los acontecimientos[87].

Violencia en Filadelfia

Incluso antes de tener noticias de la resolución del Congreso, los Federalistas trataron de mantener el impulso exigiendo que la Asamblea de Pensilvania convocase inmediatamente una convención estatal de ratificación[88].

---

[84] *Ibid*., pp. 329-330.
[85] *Ibid*., p. 332.
[86] John Kaminski y Gaspare Saladino (eds.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, Madison, Wisconsin Historical Society, 1976, vol. 8, p. 301.
[87] Incluso la existencia del debate en el Congreso fue ocultada a la opinión pública. El Congreso Continental eliminó todas las referencias al mismo en sus publicaciones oficiales. Véase *ibid*., p. 301. Debemos el conocimiento del debate a Julius Goebel, Jr., que encontró el manuscrito decisivo en los archivos de Melancton Smith, «Melancton Smith's Minutes of Debates on the New Constitution», *Columbia Law Review*, vol. 64, 1964, p. 26. Una colección completa de las fuentes relevantes se encuentra en M. Jensen (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, vol. 1, *Constitutional Documents and Records*, *1776-1787*, cit., pp. 323-342.
[88] Matthew Herrington, «Popular Sovereignty in Pensilvania 1776-1791», *Temple Law Review*, vol. 67, 1994, pp. 575, 602-603.

Una minoría sustancial no se dejó impresionar. Señalaron que la constitución de Pensilvania requería una moratoria de seis meses entre la propuesta de enmiendas y la elección de delegados para una convención[89]. Dado que la Constitución federal equivalía a una enmienda masiva de la de Pensilvania ¿no tenía la Asamblea que esperar seis meses? ¿Acaso el pueblo no tenía que tener la oportunidad de digerir la propuesta antes de elegir delegados?

La mayoría federalista ignoró estas razonables quejas y propuso que se celebrasen elecciones en un plazo de nueve días. Los discrepantes explicaron su respuesta en una carta conjunta dirigida a sus electores:

> En estas circunstancias no teníamos alternativa; nos veíamos obligados o bien a regresar a la Cámara, y con nuestra presencia facilitar que se convocase una convención antes de que nuestros electores tuviesen la información y el tiempo suficiente para deliberar sobre el asunto, o bien a ausentarnos de la Cámara para impedir que se tomase esta medida. Nuestra consideración por los electores nos indujo a preferir esta segunda posibilidad y determinamos no asistir por la tarde […]. Al día siguiente decidimos igualmente ausentarnos de la Cámara cuando el señor James M'Calmont, miembro por Franklin, y el señor Jacob Miley, *squire*, miembro por Dauphin, fueron retenidos por un grupo de ciudadanos de Filadelfia que se habían reunido con esta intención; sus aposentos fueron violentamente asaltados, sus ropas desgarradas y tras ser maltratados e insultados, fueron arrastrados por las calles de Filadelfia hasta la Cámara del Estado, y allí retenidos por la fuerza y, en presencia de la mayoría, […] tratados de una forma muy injuriosa; mientras, la Cámara así formada procedía a concluir sus resoluciones, que pretenden ofrecer a los electores como una iniciativa de la asamblea legislativa de Pensilvania[90].

Nótese el tono amenazador de la frase final. ¿Había perdido la Cámara su estatus de «asamblea legislativa de Pensilvania» logrando el quórum de una manera flagrantemente coercitiva? ¿Tenían los discrepantes que pedir a sus electores que boicoteasen las elecciones para la Convención?

La noticia de la turba federalista y de su acción coercitiva recorrió toda la nación[91]. La urdimbre de la legitimidad política estaba visiblemente empezando a deshilacharse, un proceso que se sabe cómo empieza pero no cómo termina.

---

[89] Constitución de Pensilvania de 1776, sec. 47, en F. Thorpe, *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies, Now or Heretofore Forming the United States of America*, [1909], cit., vol. 5, p. 3092.

[90] Alocución de los miembros escindidos de la Asamblea, M. Jensen, *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, vol. 2, *Ratification by the States: Pennsylvania*, cit., pp. 112, 113-114. Los «miembros escindidos de la Asamblea» se consolaron afirmando que habían obligado a la mayoría a aumentar el período para la campaña de nueve días a seis semanas, *ibid.*, p. 114.

[91] *Ibid.*, p. 128.

¿Se habría descontrolado este deshilachamiento si el Congreso no hubiese confirmado la decisión inicial de la Convención? Sin un refuerzo no convencional, ¿habría precipitado la llamada de Filadelfia a convenciones de ratificación toda una serie de escenas tumultuarias y de manipulaciones legislativas, que hubiese desacreditado toda la iniciativa?

El papel estabilizador del Congreso Continental

En los meses que siguieron, el Congreso Continental continuó desempeñando un papel activo[92], y los Federalistas hicieron un uso repetido y deliberado[93] de su estrategia no convencional de apuntalar la decisión revolucionaria desencadenante de la Convención.

Un momento crucial fue el que se produjo el 2 de julio de 1788 cuando el Congreso supo que New Hampshire sería el noveno estado en ratificar. Rápidamente tomó la iniciativa de organizar el nuevo gobierno. En el plazo de una semana un comité especial propuso que en los estados que habían ratificado la Constitución se nombraran electores presidenciales antes del primer miércoles de diciembre, para luego «reunirse en asamblea en sus respectivos estados y votar un presidente, y que el primer miércoles de febrero siguiente fuese el momento y el lugar para iniciar los procedimientos bajo la nueva Constitución»[94]. Durante el verano, hubo una encarnizada batalla para rellenar el espacio en blanco correspondiente al nombre de la siguiente capital de la nación, cuestión que finalmente se resolvió a favor de Nueva York el 13 de septiembre. Durante buena parte de este tiempo votaron los trece estados, incluidos aquellos que no habían firmado la ratificación[95].

---

[92] Esta fue la única vez en su historia en que los trece estados asistieron a las sesiones. El Congreso se reunió ciento treinta y dos días en 1788 –más que otros años– y se ocupó de una amplia variedad de temas. Véase B. Ackerman y N. Kaytal, «Our Unconventional Founding», cit., pp. 519-525.

[93] La estrategia no convencional de los Federalistas era totalmente deliberada. Véase, por ejemplo, la carta, del 31 de octubre de 1787, de Nicholas Gilman al presidente de New Hampshire, en E. C. Burnett (ed.), *Letters of Members of the Continental Congress*, cit., vol. 8, p. 670 («No era mi intención ocupar un escaño en el Congreso este año, pero como se consideró importante tener una Cámara completa sobre la cuestión del nuevo plan de Gobierno fui inducido a ocuparlo»); carta de Hawkins al gobernador de Carolina del Norte, 14 de agosto de 1787, *ibid.*, p. 639 («Es muy importante que nuestro estado esté representado cuando la Convención presente su informe al Congreso»); carta de Otis a Warren del 27 de noviembre de 1787, *ibid.*, pp. 683-684; carta de Blount al gobernador de Carolina del Norte, 10 de julio de 1787, *ibid.*, p. 618 (donde se refiere a la carta de Thompson que afirma que «un Congreso era absolutamente necesario para los grandes objetivos de la Unión»).

[94] Worthington Chauncey Ford y Roscoe Hill (eds.), *Journals of the Continental Congress, 1774-1789*, 34 vols., Washington DC, Government Printing Office, 1904-1937, vol. 34 (21 de enero de 1788-2 de marzo de 1789: 8 de julio de 1788), p. 304.

[95] Como ejemplos de estados que no habían firmado la ratificación y que votaron cuestiones relativas a la organización del nuevo gobierno, *ibid.*, vol. 34, pp. 317-318 (14 de julio de 1788, Nueva York y

Para que se vea la importancia de esta continua confirmación oficial de la regla de la Convención de los nueve estados, propongo al lector que haga un experimento mental. Mientras sigue leyendo, suponga que el Congreso hubiese respondido al noveno voto a favor de New Hampshire declarando solemnemente que sus estatutos de gobierno, los Artículos de Confederación, requerían el acuerdo unánime de los trece estados para poder ceder su autoridad constitucional a los nuevos Presidente, Cámara y Senado. ¿Cómo habría cambiado esto el resultado de la batalla por la ratificación?

Ratificación: el tren en los estados

Aunque la propuesta de Constitución apartaba completamente a las asambleas legislativas estatales del proceso de ratificación, el texto no describía fielmente la realidad institucional. El éxito dependía mucho del uso no convencional por parte de los Federalistas de la autoridad institucional existente. En cada estado, los revolucionarios trataban de persuadir a la asamblea legislativa para que ignorase las objeciones legalistas de sus oponentes y se subieran al tren institucional convocando una convención para la ratificación. Luego utilizaron este apoyo legislativo para rechazar las posteriores acusaciones de ilegalidad[96].

Esta estrategia no tuvo un comienzo muy prometedor en Pensilvania. Pero la infracción violenta de la constitución de Pensilvania permitió a los Federalistas pillar por sorpresa a sus oponentes en una campaña electoral de seis semanas y ganar por un margen de dos a uno en la convención de Pensilvania. Más o menos al mismo tiempo, los Federalistas se impusieron

---

Carolina del Norte); *ibid.*, p. 359 (28 de julio de 1788, Carolina del Norte); *ibid.,* p. 367 (30 de julio de 1788, Carolina del Norte); *ibid.*, p. 383 (4 de agosto de 1788, Carolina del Norte y Rhode Island); *ibid.*, p. 394 (5 de agosto de 1788, los mismos); *ibid.*, p. 400 (6 de agosto de 1788, los mismos); *ibid.*, pp. 400-402 (6 de agosto de 1788, los mismos). Incluso Hamilton hizo lo imposible para tranquilizar a los representantes de Rhode Island: «Quizá podría suscitarse una duda respecto a vuestro derecho a votar en las actuales circunstancias. No ha habido más que un solo miembro del Congreso que ha *pretendido* poner en cuestión vuestro derecho a votar». Carta de Hamilton a Olney del 12 de agosto de 1788, en Harold Syrett y Jacob Cooke (eds.), *The Papers of Alexander Hamilton*, Nueva York, Columbia University Press, 26 vols., 1962, vol. 5, pp. 199-200.

[96] Por ejemplo, en la convención de Carolina del Norte, Mr. Spaight argumentó lo siguiente: «El caballero afirma que nos hemos extralimitado en nuestros poderes. Lo niego [...]. La propuesta de establecer un nuevo sistema mediante el acuerdo y la ratificación de nueve estados surgió de la necesidad del caso. Se consideró extraordinariamente duro que un estado, o incluso tres o cuatro estados, pudiesen impedir que se llevasen a cabo modificaciones necesarias [...]. La Convención consideró, por consiguiente, que si una mayoría de nueve estados la adoptaba, era correcto establecerla. El Congreso recomendó a las asambleas legislativas estatales que la sometiesen al pueblo de sus diferentes estados. Nuestra Asamblea *ha confirmado lo que han hecho* proponiéndola a la consideración del pueblo. Era allí, y no aquí, donde tendría que haberse presentado la objeción», J. Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, cit., vol. 4, pp. 206-207 (el subrayado es mío). Véase también, *ibid.*, p. 16 (observaciones similares de Mr. Davie en la convención de Carolina del Norte).

en cuatro pequeños estados que dependían de un gobierno central fuerte para su supervivencia económica[97]. El 9 de enero de 1788 los revolucionarios habían recuperado una vez más el impulso institucional.

Pero nadie podía ser optimista de cara al futuro. El 13 de febrero de 1788 los Federalistas de New Hampshire se vieron superados en número en su convención en una proporción de más de dos a uno. Previendo el desastre si presionaban demasiado, aplazaron sus reuniones durante tres meses con la esperanza de que en el ínterin la convención de Massachusetts, que estaba dividida casi al 50 por 100, firmase la ratificación[98].

Las cosas no iban mejor en Carolina del Norte. Hay pruebas de «debates acalorados» en la asamblea legislativa con anterioridad a la convocatoria de una convención para la ratificación[99]. Cuando se celebraron las elecciones el 28 de marzo, los Antifederalistas obtuvieron una victoria aplastante de 184 a 84 pese al hecho de que los Federalistas habían provocado disturbios en dos ocasiones en los colegios electorales y se habían llevado las urnas[100]. La convención se reuniría en julio, pero nadie era optimista.

Las noticias procedentes de Nueva York eran aún peores. El 31 de enero, Cornelius Schoonmaker provocó un agrio debate en la Asamblea General cuando propuso enmendar la convocatoria de una convención para la ratificación declarando que la Convención de Filadelfia se había extralimitado en sus funciones y que la ratificación «alteraría materialmente» la Constitución del estado y «afectaría enormemente los derechos y privilegios» de los residentes en Nueva York[101]. El resultado de la votación fue de veintisiete a veinticinco después de que se descubriese que del pergamino que contenía la propuesta se habían borrado unas frases hostiles a la Constitución. En el Senado, Robert Yates, que se había marchado de Filadelfia, propuso una resolución denunciando a la Convención por «excederse en sus funciones» y declarar que «no había hecho una enmienda sino elaborado un nuevo sistema»[102]. Esta moción fue rechazada por doce votos a siete, y el Senado decidió

---

[97] Delaware, Nueva Jersey, Georgia y Connecticut ratificaron la Constitución durante las siete primeras semanas. El voto de la convención fue unánime en todos estos casos a excepción de Connecticut, en cuyo caso el resultado fue de tres a uno.

[98] Véase Charles Roll, «We, Some of the People, Apportionment in the Thirteen State Conventions Ratifying the Constitution», *Journal of American History*, vol. 56, 1969, pp. 29-30.

[99] «Thomas Person […] trató infructuosamente de impedir la convocatoria de una convención», Hugh Lefler y Albert Newsome, *The History of a Southern State: North Carolina*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1967, p. 267. Las actas del Senado confirman que el 5 de diciembre «Mr. Person, tras intervenir con la frecuencia que permiten las normas de la Cámara», fue incapaz de bloquear la votación final, Walter Clark (ed.), *State Records of North Carolina*, 26 vols., Raleigh, P. M. Hale, 1902, vol. 20, pp. 369-370.

[100] Robert Dinkin, *Voting in Revolutionary America: A Study of Elections in the Original Thirteen States, 1776-1789*, Westport (CT), Greenwood Press, 1982, p. 127.

[101] *New York Daily Advertiser*, 12 de febrero de 1788.

[102] *Ibid.*, 8 de febrero de 1788.

por 11 votos a 8 aceptar la convocatoria de la Asamblea a una convención el 17 de junio, con elección de delegados el 29 de abril. De esta elección salieron cuarenta y seis antifederalistas y solo diecinueve federalistas[103]. La convención de junio amenazaba con ser un desastre.

Y luego estaba Rhode Island. En su sesión de febrero la asamblea legislativa se negó a convocar una convención, sometiendo la Constitución al Pueblo en un referéndum especial: «No podemos introducir innovaciones en una Constitución que ha sido acordada y que cuenta con el acuerdo firmado por gobernantes y gobernados sin el expreso consentimiento de todos los hombres libres dado individualmente y recogido de propia voz en asambleas ciudadanas»[104]. Hubo 2.708 votos contra la Constitución y 237 votos a favor, con un número indeterminado de Federalistas boicoteando la elección. En una carta del 5 de abril al Congreso Continental, el gobernador Collins explicaba el resultado y defendía el procedimiento:

> Aunque este estado se ha singularizado respecto a otros estados hermanos por su forma de recabar los sentimientos del pueblo respecto a la Constitución, no lo ha hecho con el menor propósito de ofender al respetable órgano que componía la convención, ni por una falta de respeto a la recomendación del Congreso, sino en función de principios puramente republicanos basados en el hecho de que todos los gobiernos derivan originalmente del conjunto del pueblo[105].

Ahora podemos ver la importancia suprema de la decisión inicial de la Convención de Filadelfia. Con cuatro estados apuntando decisivamente en una dirección negativa en primavera, la Constitución era letra muerta a tenor del requisito de unanimidad de los Artículos.

Especialmente cuando los opositores podían cubrir su oposición con un manto de retórica atractiva. En vez de oponerse abiertamente a la Constitución, proponían una vía intermedia: ¿por qué no condicionar la ratificación a la aceptación de una serie de enmiendas perfeccionadoras como la que representaba la Carta de Derechos?

Frente a ello los Federalistas ampliaron los argumentos revolucionarios que Madison había defendido en el Congreso Continental. Se opusieron a las enmiendas previas a la ratificación sobre la base de que dichas

---

[103] John Kaminski, «New York: The Reluctant Pillar», en Stephen Schechter (ed.), *The Reluctant Pillar. New York and the Adoption of the Federal Constitution*, Troy (NY), Russell Sage College, 1985, p. 79.

[104] John Bartlett (ed.), *Records of the State of Rhode Island and Providence Plantations in New England*, Providence (RI), Providence Press, 1865, vol. 10, pp. 271-272; *Providence Gazette*, 1 y 8 de marzo de 1788.

[105] J. Bartlett (ed.), *Records of the State of Rhode Island and Providence Plantations in New England*, cit., p. 291.

enmiendas estarían gobernadas por la regla de la unanimidad establecida por el Artículo XIII de la Confederación. Si los opositores estaban interesados en las enmiendas que podían realmente ser aprobadas, deberían primero firmar la ratificación y ¡luego aprovecharse del enfoque más relajado del Artículo Cinco![106].

Pero se necesitaba algo más que una retórica inteligente para tener éxito. Incluso con la regla de los nueve estados, los Federalistas apenas se imponían por un margen muy estrecho. En estas circunstancias se produjo un punto de inflexión en Massachusetts. Los Federalistas se vieron superados en número por sus oponentes en la convención[107]. Desesperados, recurrieron a John Hancock, que «tenía en sus manos decantar el voto de la convención a un lado o al otro»[108]. Se le garantizó al vanidoso Hancock la vicepresidencia o incluso la presidencia si Virginia no ratificaba la Constitución a tiempo de hacer una propuesta a Washington. Como dice Forrest McDonald, «nada podía haber gustado más a Hancock, que dio su apoyo a la ratificación»[109]. Tras cinco difíciles semanas, los Federalistas obtuvieron una estrecha mayoría apoyando una «propuesta conciliatoria» que insistía en una serie de enmiendas que deberían ser aprobadas en cuanto se hubiese establecido el nuevo gobierno[110]. El resultado de la votación fue de 187 votos a 168, con nueve abstenciones.

Luego fue el turno de otros dos estados. Maryland se ganó con bastante facilidad, pese a las enérgicas, y a menudo legalistas, denuncias de Luther Martin y otros[111]. La victoria en Carolina del Sur se debió enteramente a una redistribución de las circunscripciones electorales que convirtió el 40 por 100 de voto popular a favor de los Federalistas en un 60 por 100 de escaños en la convención[112].

---

[106] Compárese J. Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, cit., vol. 2, p. 117 con vol. 2 pp. 157-158 (Massachusetts); vol. 3 pp. 636-637 (Virginia).

[107] Véase Samuel Harding, *The Contest Over the Ratification of the Federal Constitution in Massachusetts*, Nueva York, Longmans, Green, and Co., 1896, p. 67 («Si se hubiese votado la adopción de la Constitución en el momento de reunirse la convención, no cabe duda de que el resultado habría sido abrumadoramente contrario al plan propuesto»); Ch. A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, cit., pp. 226-228; Forrest McDonald, *We the People: The Economic Origins of the Constitution*, Chicago, Chicago University Press, 1958, p. 183.

[108] *Ibid.*, p. 185.

[109] *Ibid.*

[110] Tres de las diez propuestas de Massachusetts se convirtieron en parte de la «carta de derechos» [*bill of the rights*]. Véase J. Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, cit., vol. 2, p. 177 (con las nueve enmiendas propuestas por Massachusetts).

[111] *Ibid.*, vol. 1, pp. 386-388.

[112] La clave de esta redistribución de circunscripciones fue el Charleston federalista, que tenía un 46 por 100 del total de delegados de la convención, pero solo un 11,3 por 100 de población no esclava. Véase Ch. Roll, «We, Some of the People, Apportionment in the Thirteen State Conventions Ratifying the Constitution», cit., pp. 21, 30-31 y nota 15.

Con esto eran ocho, lo que permitió a los Federalistas presionar a dos de los estados más destacados, Virginia y Nueva York. En Virginia, los Antifederalistas demostraron ser mejores utilizando tácticas inteligentes. Aunque el resultado de la votación fue de ochenta y cinco federalistas y solo sesenta y seis antifederalistas, estos últimos consiguieron convencer a un número sustancial de delegados en la convención. Doce delegados del distrito de Kentucky produjeron una cosecha especialmente buena, haciendo que el resultado fuese incierto[113].

La Convención se inauguró con la petición de Patrick Henry de que los documentos legales relevantes –desde el informe de Annapolis en adelante– fuesen leídos en el hemiciclo para establecer la ilegalidad de toda la iniciativa. El federalista Edmund Pendleton respondió de modo característico exhortando a sus colegas delegados a «no considerar si la Convención federal se excedía en sus funciones. Creo sinceramente que esto no debería influir en nuestras deliberaciones»[114].

Aunque Henry retiró su moción, sus discursos estaban llenos de ataques legalistas a «una propuesta que busca la completa aniquilación de los compromisos más solemnes de los estados; una propuesta para establecer una confederación de nueve estados con la eventual exclusión de cuatro estados […]. El pueblo no les ha dado ningún poder para hablar en su nombre. Es perfectamente claro que se extralimitaron»[115]. El gobernador Randolph, que había sido delegado en Filadelfia, dio una respuesta característica:

> [Henry] objeta que nueve estados sean suficientes para poner al gobierno en movimiento. ¿Qué número de estados deberíamos haber decidido? ¿Teníamos que haber exigido la concurrencia de los trece? Rhode Island, en rebelión contra la integridad, saqueó al mundo entero mediante su papel moneda y siendo bien conocido por su constante oposición a todo deber federal, habría tenido en sus manos derrotar a la Unión […]. En consecuencia, haber requerido la ratificación de los trece estados habría sido equivalente a regresar sin haber hecho nada. ¿Qué otro número hubiera sido apropiado? ¿Doce? El mismo espíritu que me ha impulsado durante el progreso de este asunto, me habría impedido dejar en manos de cualquiera de los estados la posibilidad de disolver la Unión; pues ¿no habría sido lamentable no poder hacer nada por culpa de la defección de un solo estado? Una mayoría del total habrían sido demasiado pocos. Por lo tanto, nueve estados parece el número más apropiado[116].

---

[113] En la convención, los Antifederalistas consiguieron convertir a diez delegados de Kentucky, tres federalistas y un miembro indeciso. Véase F. McDonald, *We the People: The Economic Origins of the Constitution*, cit., pp. 258-259.

[114] J. Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, cit., vol. 3, p. 6

[115] *Ibid.*, pp. 21, 23; véase también p. 277 (observaciones de Mr. Grayson en la Convención de Virginia).

[116] *Ibid.*, p. 28.

Oímos la voz del revolucionario seguro de sí mismo defendiendo la decisión de la Convención mediante una invocación directa a la necesidad y al bien público. En vez de disculparse por su revolucionaria regla de los nueve estados, los Federalistas amenazaban constantemente a los delegados con las consecuencias secesionistas que se producirían si Virginia rechazaba la Constitución y otro estado aportaba el voto que faltaba[117].

Esto puso a los Antifederalistas a la defensiva. William Grayson se encontró respondiendo casi sin darse cuenta a los temores de que Pensilvania y Maryland invadiesen Virginia si no firmaba la ratificación: «¿Acaso no acordaron, mediante la antigua Confederación, que la Unión sería perpetua y que no debería introducirse ninguna modificación en ella sin el consentimiento del Congreso y la confirmación de las asambleas legislativas de todos los estados? No puedo creer que exista tanta depravación en la humanidad como para que, además de violar la fe pública de modo tan flagrante, tengan que declararnos la guerra por no seguir su ejemplo»[118]. Y Patrick Henry, respondiendo a estas acusaciones federalistas, predijo que la Constitución no podría sobrevivir si Virginia la rechazaba:

> Os intimidarán con una elección desconsiderada, os asustarán con toda clase de males y os dirán que la Unión será disuelta. Patrañas, señor: el hecho es que los ocho estados que la han aprobado apenas pueden tenerse sobre sus pies. La voz de la calle nos dice que los estados que la han aprobado ya sufren de rencores y de animosidad, y se arrepienten de su precipitación; esto, señor, puede causar un daño irreparable. Cuando medito en estas y otras muchas circunstancias, tengo que pensar que estos estados se encontrarán en confederación con nosotros. Si pagamos nuestra cuota económica anual y hacemos la contribución proporcional de hombres que nos corresponda cuando sea necesario, no veo peligro alguno si rechazamos la Constitución[119].

«Patrañas» o no, las palabras finales pronunciadas en la Convención sugieren la importancia que tuvo en el resultado la regla de los nueve estados. Como hemos visto, Randolph había defendido la ruptura revolucionaria de la Convención con el Artículo XIII, pero su postura general era más compleja. Como delegado en Filadelfia, se negó finalmente a firmar la propuesta, y como gobernador de Virginia su opinión fue muy influyente entre los indecisos[120]. Así es como justificaba su voto afirmativo:

---

[117] Véase, por ejemplo, *ibid.*, pp. 187, 200, 454, 594, 603, 642.
[118] *Ibid.*, p. 277.
[119] *Ibid.*, p. 61; véase también p. 315.
[120] Para el intrincado desarrollo de los puntos de vista de Randolph, véase John Reardon, *Edmund Randolph*, Nueva York, MacMillan Publishing Co., 1974, pp. 82-84, 98-105, 115-119, 142-147.

> Señor Presidente, le suplico humildemente una palabra de despedida. El sufragio que daré a favor de la Constitución será atribuido, con mala intención, a motivos desconocidos por mí. Pero aunque en todos los demás actos de mi vida buscaré refugio en la misericordia de Dios, en este solo pido *justicia*. Sin embargo, por si algún futuro analista, con un espíritu de venganza partidista, se digna mencionar mi nombre, déjeme recitar estas verdades: *que yo acudí a la Convención federal* con el afecto más sincero por la Unión; que actué allí de plena conformidad con este afecto; *que me negué a firmar porque tenía, y aún tengo, reparos a la Constitución*, y deseaba que se llevase a cabo una investigación imparcial de sus méritos; y que la adhesión de ocho estados redujo nuestras *deliberaciones* a la simple dicotomía de *Unión o no Unión*[121].

El resultado final de la votación fue de ochenta y nueve a setenta y nueve[122].

La regla de los nueve estados fue aún más decisiva en Nueva York[123]. Enfrentados a una mayoría hostil de cuarenta y seis a diecinueve, los Federalistas optaron por esperar a que la Convención comenzara, el 17 de junio[124]. Mientras New Hampshire y Virginia deliberaban, propusieron que la Convención debatiera la Constitución cláusula a cláusula, ganando tiempo hasta que uno de estos dos estados contribuyese con el noveno voto a favor de la secesión de la Confederación[125].

La táctica tuvo éxito. La noticia de que New Hampshire había firmado la ratificación llegó a la convención el 24 de junio, y el hecho se mencionó al día siguiente:

> El canciller Livingston observó que quizá no sería totalmente impertinente recordar al comité que, desde la información de ayer, se ha hecho evidente que las circunstancias del país se habían modificado, y que las razones del debate actual habían cambiado. La Confederación, dijo, estaba *disuelta*.
>
> La cuestión que se planteaba ahora ante el comité era una cuestión de política y de interés. Presumió de que la convención consideraría la

---

[121] J. Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, cit., vol. 3, p. 652.

[122] *Ibid.*, p. 654.

[123] El dilema estratégico de Nueva York ha sido utilizado por los modernos teóricos de la elección social. Véase Russell Hardin, «Why a Constitution?», y Robert McGuire y Robert Ohsfeldt, «Public Choice Analysis and the Ratification of the Constitution», ambos en Bernard Grofman y Donald Wittman (eds.), *The Federalist Papers and the New Institutionalism*, Nueva York, Agathon Press 1989, pp. 100, 109 y 175, 185, respectivamente.

[124] Véase J. Kaminski, «New York: The Reluctant Pillar», cit., pp. 101-102.

[125] Los Federalistas apoyaron la moción del debate cláusula a cláusula (propuesta por Livingston), porque el aplazamiento les permitía esperar noticias de New Hampshire. Los Antifederalistas, queriendo dar muestra de imparcialidad, aceptaron la moción; además, acababan de recibir la noticia de que Patrick Henry y otros virginianos habían pedido a los neoyorquinos que enviasen copia de las enmiendas que proponían, lo que facilitaba un debate cláusula por cláusula, *ibid.*, pp. 101-102.

> situación de su país. Supuso, sin embargo, que algunos contemplarían la desunión sin demasiado pesar. Podrían jactarse diciendo que algunos de los estados del Sur formarían una liga con nosotros, pero no podía considerar sin horrorizarse los peligros que dicha confederación implicaría para el estado de Nueva York. Afirmó que sería una cobardía política de su parte, pero que era consciente desde ayer de cómo habían cambiado las circunstancias, y que ello le había producido una profunda impresión[126].

Pero el gobernador George Clinton, el principal opositor a la Constitución, no era un «cobarde político». Se mantuvo firme, aunque sus tropas no estaban nada seguras de cuál sería el siguiente paso a dar[127].

Hamilton, aún desesperado, escribió a Madison el 25 de junio diciéndole que «nuestras posibilidades de éxito son muy escasas, y totalmente nulas si os equivocáis»[128]. Cuando llegó la noticia de que Virginia había firmado la ratificación, todavía estaba escribiendo que «nuestros argumentos desconciertan pero no convencen; sin embargo, creo que a algunos de los líderes los han convencido *las circunstancias*»[129]. Hubo que esperar al 26 de julio para que la convención de Nueva York aprobase la ratificación por 30 votos a 27, con 8 abstenciones. Para dejar meridianamente claro su descontento, los delegados enviaron una circular a todos los gobernadores estatales:

> Nosotros, los miembros de la Convención de este estado, hemos considerado pausada y sensatamente la Constitución propuesta para los Estados Unidos. Varios de sus artículos nos parecen tan objetables a la mayoría de nosotros, que nada, salvo la confianza de que será posible que sean revisados por una convención general, y una invencible renuencia a separarnos de nuestros estados hermanos, podía haber prevalecido sobre un número suficiente para ratificarla sin estipular previamente determinadas enmiendas. Estamos todos de acuerdo en considerar que dicha revisión será necesaria para recomendarla a la aprobación y al respaldo de un grupo numeroso de nuestros electores[130].

Este tema domina tanto toda la carta, que exhorta a los gobernadores a que pidan a sus asambleas legislativas que convoquen una segunda convención.

---

[126] J. Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, cit., vol. 2, p. 322.
[127] Véase J. Kaminski, «New York: The Reluctant Pillar», cit., p. 106.
[128] G. Hunt (ed.), *Writings of Madison*, cit., vol. 9, pp. 179-180, 183.
[129] *Ibid*., p. 185; véase también J. Kaminski, «New York: The Reluctant Pillar», cit., p. 115.
[130] J. Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, cit., vol. 2, pp. 413-414.

* * * * *

Confío en que el lector haya tenido en cuenta el escenario inconformista que introducía este análisis. Supongamos que el Congreso Continental hubiese rechazado la regla de los nueve estados de la Convención y se hubiese declarado repetidamente obligado a defender la orgullosa afirmación de los Artículos según la cual «la Unión será perpetua» a menos y hasta que los trece estados acuerden su revisión. ¿Habría influido el gobernador Randolph para que los indecisos refrendasen la Constitución en Virginia? ¿Y qué habría hecho el gobernador Clinton y la abrumadora mayoría antifederalista de Nueva York.

En este escenario antagónico, el Primer Congreso después de la ratificación habría empezado con el quórum justo de asistencia de nueve estados, con Nueva York y Virginia haciendo piña con Carolina del Norte y Rhode Island en un coro de condena legalista de su secesión de la Unión «perpetua». ¿Habría sobrevivido la nueva Constitución en estas condiciones?[131].

Consolidación

Y sin embargo, pese al éxito no convencional de los Federalistas, el Primer Congreso comenzó como un órgano secesionista. La asamblea legislativa de Rhode Island se mantuvo desafiante después del referéndum, negándose a convocar una convención para la ratificación. La convención de Carolina del Norte no se arrugó ante la noticia del éxito federalista en Virginia y Nueva York. Tras once días de debates en los que reaparecieron los ya habituales cargos de ilegalidad[132], el líder antifederalista Willie Jones aprobó una resolución, 184 votos a 84, que ni rechazaba ni ratificaba la Constitución, pero que hacía suya la llamada de Nueva York a una segunda convención federal. Instando a esta convención a considerar una Carta de

---

131 Seguramente el movimiento en Nueva York y otros estados a favor de una segunda convención constitucional habría avanzado mucho. Véase Linda de Pauw, «The Anticlimax of AntiFederalism: The Abortive Second Convention Movement, 1788-1789», *Prologue*, 2, 1970, pp. 98-114.

132 Véase, por ejemplo, J. Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, cit., vol. 4, pp. 212-213 (Mr. Lancaster); p. 24 (Joseph Taylor); p. 25 (Jas. Galloway); p. 201 (Mr. Lenoir); pp. 203-204 (Mr. Lenoir: «La Confederación era vinculante en todos los estados. Solo podía ser destruida con el consentimiento de todos los estados. Había un artículo con este expreso propósito. Los hombres comisionados a la Convención, en vez de enmendar el viejo sistema, que era lo único para lo que tenían poderes, propusieron un nuevo sistema. Si las personalidades más eximias se apartaban tanto de su autoridad, ¿qué no podíamos esperar de otros, que pueden ser los agentes del nuevo gobierno? [...] Todos los estados están obligados por la Confederación, y el resto no puede romper con nosotros sin violar los acuerdos más solemnes. Y si lo rompen, esto es lo que harán»).

Derechos de veinte puntos y otras veintiséis enmiendas previas a la ratificación, los Antifederalistas levantaron triunfalmente la sesión el 2 de agosto[133].

La pelota estaba ahora en el tejado de los Federalistas. A menos y hasta que los discrepantes se subieran al tren, la problemática legalidad del nuevo régimen sería objeto de una impugnación clara e interminable. Cabía siempre la posibilidad de que el éxito de los Federalistas desbloquease la situación, si uno u otro estado clave reconsideraba sus impulsos secesionistas o exigía una segunda convención constitucional como precio para permanecer dentro de la Unión. ¿Cómo resolvieron, pues, los Federalistas el problema de la consolidación constitucional?

Lo resolvieron con una combinación de contramovilizaciones democráticas y de amenazas coercitivas. La estrategia democrática se desplegó en Carolina del Norte, donde los Federalistas libraron una enérgica campaña a favor de una nueva convención, que fue confirmada por una asamblea legislativa recién elegida en noviembre de 1788. Con las elecciones programadas para el mes de agosto de 1789, los Federalistas disponían de mucho tiempo para organizar una campaña exitosa entre las bases: Carolina del Norte ratificó la segunda convención en noviembre por ciento noventa y cinco votos a setenta y siete.

El problema de Rhode Island era más difícil de resolver. Pese al desastroso resultado del referéndum, los Federalistas siguieron haciendo campaña a favor de una convención y en enero de 1790 consiguieron persuadir a la asamblea legislativa para que reconsiderara su posición. Cuando la partida de un legislador para ingresar en la iglesia provocó el estancamiento de la Asamblea General, el gobernador Collins hizo valer su voto de calidad para desbloquear la situación, citando «las extremas dificultades a que nos veríamos reducidos si nos desconectáramos de los otros estados»[134]. Pero los residentes en Rhode Island no se dejaron impresionar. Los Antifederalistas obtuvieron una escasa mayoría en la convención y tras cuatro días de desganados debates se dio por terminada la reunión[135].

El Congreso empezó entonces a jugar fuerte. En mayo de 1790, el Senado aprobó el Proyecto de Ley del Comercio de Rhode Island, que imponía un embargo sobre el comercio con el estado y exigía el pago inmediato en moneda fuerte de todas sus deudas con Estados Unidos[136]. Los debates del Senado no fueron publicados en aquel momento, pero las

---

[133] *Ibid.*, pp. 243-252.
[134] *Providence Gazette*, 23 de enero de 1790.
[135] Robert Cotner (ed.), *Theodore Foster's Minutes of the Convention Held at South Kingstown, Rhode Island, in March 1790, Which Failed to Adopt the Constitution of the United* States, Providence, Rhode Island Historical Society, 1929; *Providence Gazette*, 6 y 13 de marzo de 1790.
[136] Joseph Gales (ed.), *Annals of Congress of the United States*, Washington DC, Gales and Seaton, 1834-1856, vol. 2 (1834), p. 1638.

notas del senador William Maclay de Pensilvania revelan que él calificaba la acción de «prematura» y que distinguía entre imponer sanciones como «castigo por el rechazo» de la Constitución y hacerlo sobre la base de una «suposición, la de que arruinarían nuestras rentas». Esto último podría ser legítimo si pudieran establecerse los hechos, y es posible que esta fuese la razón de que calificase a la ley de «prematura». Pero en aquel momento, «el proyecto de ley no podía justificarse con los principios de la Constitución ni de ningún otro modo»[137].

Según Maclay, Pierce Butler, de Carolina del Sur, subió a defender el proyecto de ley: «No es ninguna contravención de Su Soberanía limitar el comercio… Aceptado. Mr. Izard dice que su pequeño estado es arrastrado a un pacto con los otros estados»[138]. Pese a los reparos legales de Ralph Izard y de Maclay, el Senado aprobó el proyecto de ley por 13 votos a 8 y lo envió a la Cámara.

Mientras, la convención de Rhode Island se volvió a reunir, y una vez más la mayoría antifederalista buscó un aplazamiento, pero esta vez fueron derrotados. Los centros comerciales de Providence y Newport amenazaron con la secesión si la Constitución volvía a fracasar[139]. Finalmente, el 29 de mayo dos delegados antifederalistas desacataron las instrucciones recibidas y la Constitución fue ratificada por treinta y cuatro votos a treinta y dos.

Justo a tiempo: la Cámara de Representantes ya había considerado brevemente el proyecto de ley de Rhode Island, pero lo dejó estar al tener conocimiento de la ratificación el 3 de junio de 1790[140].

Finalmente, con esta última sacudida, el tren había llegado a su destino final.

De la práctica a la teoría

He estado tratando de cumplir la promesa del método legal anglo-estadounidense. En vez de permitirme incurrir en excitantes abstracciones sobre el cambio constitucional, he abordado la Fundación de la forma en que los juristas abordan todos los precedentes importantes, empezando con una «declaración de los hechos» que describe los problemas legales de los Federalistas y cómo procedieron a resolverlos paso a paso.

Mi enfoque ha sido funcional, como lo fue el de los Federalistas. Resulta que transformar el orden constitucional de una nación no es un problema,

---

137 Kenneth Bowling y Helen Veit (eds.), *Documentary History of the First Federal Congress*, 14 vols., Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1988, vol. 9, pp. 260-268.
138 *Ibid.*, p. 458.
139 W. Staples, *Rhode Island in the Continental Congress*, cit., p. 666.
140 Joseph Gales (ed.), *Annals of Congress*, vol. 2, cit., p. 1685.

sino muchos. La empresa federalista tiene algo que recuerda al mito de Sísifo: al mismo tiempo que Madison y sus amigos conseguían empujar una gran roca hasta la cima de la colina, otra gran roca se precipitaba montaña abajo.

Pero sería un error pensar en los problemas de los Federalistas como si fueran problemas caídos del cielo. Hay una lógica pragmática en la secuencia: los problemas de los Federalistas no se siguen meramente uno de otro; la solución de uno genera un imperativo pragmático para afrontar el siguiente. Empecemos con la relación existente entre las fases de la señalización y la propuesta. Los Federalistas eran muy conscientes de que el país no se tomaría su propuesta en serio a menos que se hiciera un esfuerzo ímprobo para conseguir que una clara mayoría de los estados enviase delegados a su Convención. Solo cuando hubieran resuelto este problema de la señalización tendrían que plantear seriamente su propuesta. Con ello, la conexión pragmática entre la propuesta y el desencadenante se volvería inevitable: si los Federalistas estaban decididos a proponer una reforma revolucionaria de ideales e instituciones, simplemente no podían aceptar la vieja regla de la ratificación. Un vínculo pragmático diferente conectaba la acción desencadenante con la ratificación: los Federalistas no podían ganar su batalla política por la ratificación sin preservar la credibilidad de su decisión desencadenante. Y finalmente, los problemas de la consolidación constitucional entraron en escena solo después del éxito de cada una de las cuatro fases previas.

Confío en que estos puntos parezcan obvios, porque resuelven un rompecabezas que aparece repetidamente en este libro. Cuando vayamos más allá de la Fundación para explorar otros grandes puntos de inflexión en el pasado estadounidense, veremos a los Republicanos de la Reconstrucción y a los Demócratas del *New Deal* enfrascados en las mismas cinco actividades promovidas por sus predecesores Federalistas: señalizar, proponer, desencadenar, ratificar y consolidar su autoridad constitucional, aproximadamente en este mismo orden. A primera vista, la recurrencia de este patrón parece misteriosa, o aún peor, un signo revelador de una férrea determinación de imponer mi quíntuple esquema a la historia constitucional sin prestar demasiada atención a las particularidades de cada caso.

Pero este tratamiento escéptico de mi esquema organizador ignora su base pragmática. La pauta de cinco fases se repite porque los problemas se repiten. Es por supuesto posible imaginar a un grupo tratando de comprimir la transformación constitucional en un solo momento del tiempo: no solo caen del cielo para anunciar el advenimiento del nuevo régimen, sino que todas las instituciones existentes se alegran al conocer la buena nueva y aceptan dócilmente el papel que se les asigna en la nueva asignación.

Pero esto es una versión del Segundo Advenimiento; cuando un grupo de simples mortales trata de recrearlo, el previsible resultado es un intento de golpe de estado que acaba en una guerra civil o en un despotismo militar (o en ambas cosas). El ejemplo de la Fundación demuestra, sin embargo, que un intento democrático de reforma revolucionaria *puede* darse por medio de un proceso temporalmente extendido que permite a los reformadores *erigir* su credibilidad constitucional resolviendo una serie de problemas diferentes, pero interrelacionados.

Este punto basta para establecer una agenda analítica. Si, como veremos, los Republicanos de la Reconstrucción y los Demócratas del *New Deal* consideraban que se enfrentaban a los mismos problemas a los que se habían enfrentado los Federalistas, podemos comparar y contrastar las formas en que estos tres grupos de reformadores revolucionarios trataron de resolverlos. Igual que en el estudio de este capítulo sobre los Federalistas, seguiremos tanto a los Republicanos como a los Demócratas haciendo frente a los retos de las fases señalizadora, propositiva, desencadenante, ratificadora y consolidadora. De manera nada sorprendente, cada generación de reformadores revolucionarios utilizó diferentes herramientas institucionales para resolver sus problemas comunes, y nos tomará mucho tiempo y esfuerzo compararlos y contrastarlos.

Finalmente, sin embargo, el esfuerzo será recompensado con una nueva visión de la perdurable dinámica del sistema constitucional estadounidense. Pese a las importantes diferencias existentes por lo que respecta a la técnica institucional elaborada a lo largo de las generaciones, hay algunas semejanzas fundamentales en la forma en que Federalistas, Republicanos y Demócratas hicieron frente al reto que les planteó el sistema respecto a su pretensión de hablar en nombre del Pueblo. Ya he sugerido un patrón recurrente: los métodos no convencionales mediante los cuales los reformadores constitucionales buscaron –y encontraron– repetidamente la confirmación oficial de su mandato popular. Pero descubriremos muchas más cosas. Al explorar las profundas regularidades que organizan los diferentes intentos de Federalistas, Republicanos y Demócratas de hablar en nombre del Pueblo, pondremos de manifiesto las estructuras más profundas de la Constitución dualista estadounidense.

III
EL PRECEDENTE DE LA FUNDACIÓN

Sobre el método

Hemos estado considerando a los Federalistas como estadistas prácticos que se enfrentaron a una serie de difíciles retos constitucionales a su iniciativa. Sin su continuo despliegue de habilidad para manejar de forma no convencional los resortes del gobierno, la Fundación habría sido un lamentable fracaso. E incluso con él, los Federalistas a duras penas consiguieron cruzar tambaleándose la línea que ellos mismos habían trazado.

Al cruzar la línea, consiguieron diferenciarse de otros muchos hombres inteligentes y ambiciosos que habían ansiado imponer sus ideales sobre el pueblo en general. Desde los días de Jefferson a los días de Gingrich, los movimientos en pro de la reforma constitucional han tratado repetidamente de emular el éxito de los Federalistas hablando en nombre del Pueblo, con una amplia gama de resultados. Muchos nunca fueron más allá de la fase de la señalización. Unos cuantos tuvieron más éxito y consiguieron reformar los criterios desarrollados por los Federalistas para las fases señalizadora, propositiva, desencadenante, ratificadora y consolidadora. En principio, cada movimiento serio merece ser objeto de un estudio sostenido.

Me conformaré con mucho menos. Me centraré en el período de la Reconstrucción y en el *New Deal* por dos razones. Primero, porque, igual que en el período de los Federalistas, demuestran que existió un respaldo popular sostenido a las reformas revolucionarias. Otros movimientos triunfantes se han conformado con unos cambios menos radicales. Segundo, porque estos movimientos surgieron en un pasado remoto, más allá del recuerdo vivo de los estadounidenses de hoy. Una vez muertos y desaparecidos los participantes activos en este proceso, los estudiosos del derecho tienen un papel especial que jugar a la hora de exponer los materiales relevantes para una discusión más general. Si ellos no abordan los problemas constitucionales que plantea nuestro pasado, ¿quién lo hará?

El simple paso del tiempo también puede librarnos del partidismo instintivo y permitirnos ver las grandes batallas constitucionales del pasado como algo que nos une como estadounidenses, algo que produce unos recursos muy útiles para la valoración de nuestros propios esfuerzos políticos. Ahora que estamos entrando en nuestro tercer siglo como Pueblo, una cosa está clara: los intentos de reforma revolucionaria no han concluido, ni tampoco lo ha hecho el escepticismo que provocan. En el futuro como en el pasado, los aspirantes a reformadores habrán ganado enormes cantidades de credibilidad institucional antes de conseguir el reconocimiento de sus logros por parte de la producción normativa de carácter superior. Pero ¿qué cantidad de resistencia institucional han de vencer, y de qué clase?

Si el dualismo ha de seguir siendo un proyecto constitucional viable, los constitucionalistas tienen que estar en condiciones de proporcionar respuestas creíbles a estas cuestiones. Y no conozco un modo mejor de hacerlo que la evaluación crítica y reflexiva de los casos paradigmáticos de soberanía popular que nos ofrece la historia estadounidense. Cuando los constitucionalistas se enfrentan a la afirmación de un grupo ascendente de políticos que pretende hablar en nombre del Pueblo, nosotros debemos preguntarnos: ¿se han ganado estos recién llegados el derecho a reivindicar la soberanía popular mediante un proceso que está a la altura de aquel por el cual Federalistas, Republicanos y Demócratas obtuvieron su propia credibilidad en épocas más lejanas?

No hay atajos para obtener una respuesta. Hemos de estudiar cada uno de los casos paradigmáticos con las herramientas clásicas del análisis legal reflexivo, buscando analogías entre los casos que parecen asentarse en principios legales fundamentales. Si tenemos éxito en nuestra empresa, el resultado tendrá la textura de los buenos juicios del derecho común y nos proporcionará criterios históricamente arraigados lo suficientemente incisivos como para producir una evaluación legal esclarecedora del futuro desconocido. ¿Qué pueden razonablemente esperar de la ley más allá de esto los estadounidenses?

Esta no es una pregunta retórica. No me cabe duda de que muchos juristas –¿la mayoría?– estarán tentados a dar una respuesta diferente, igualmente cimentada en la Fundación. En este enfoque formalista, los Federalistas han resuelto el problema para nosotros en el Artículo Cinco de su Constitución, que establece unas normas claras para la enmienda constitucional. Teniendo en cuenta este conjunto de instrucciones, los juristas pueden fácilmente evitar el estudio tedioso de las confusas lecciones de la historia antes de proponer la regla de la producción normativa de carácter superior que debería guiar a los estadounidenses en su entrada en el tercer siglo. Si futuros reformadores quieren cambiar la Constitución, dejémosles que apliquen las reglas estipuladas en el Artículo Cinco. ¿Acaso hay algo más sencillo?

El significado del Artículo Cinco

Pero ¿qué dice realmente el Artículo Cinco?

> El Congreso, siempre que dos tercios de ambas Cámaras lo consideren necesario, propondrá enmiendas a esta Constitución o, a solicitud de las Asambleas Legislativas de dos terceras partes de los diversos estados, convocará una Convención para proponer enmiendas, que, en cualquier caso, serán válidas a todos los efectos como partes de esta Constitución una vez ratificadas por las Asambleas Legislativas de las tres cuartas partes de los diversos estados, o por las tres cuartas partes de las Convenciones, cuando uno u otro modo de ratificación sea propuesto por el Congreso […][1].

Estas palabras describen un sistema complejo. Nos presentan cuatro combinaciones diferentes: convención federal-convenciones estatales; convención-asambleas legislativas; Congreso-convenciones; Congreso-asambleas legislativas. ¿Por qué esta pluralidad? ¿Por qué no puede el Pueblo aprender a hablar con una sola voz?

Aún peor, el artículo carece del claro conjunto de normas que presupone la pregunta del formalista. Es cierto, si el Pueblo elige expresarse mediante la combinación Congreso-asambleas legislativas, está claro que una enmienda tiene que conseguir el respaldo de los dos tercios de la Cámara y el Senado, y de las tres cuartas partes de las asambleas. Pero no está nada claro si las asambleas legislativas estatales tienen que aprobar las enmiendas por dos tercios (como el Congreso) o por cualquier otra mayoría. Las cosas son aún menos claras con los otros modos de revisión. ¿Qué es esta bestia llamada «convención»? ¿De qué está compuesta? ¿En qué se distingue de otras criaturas más familiares: las asambleas legislativas de nivel nacional y estatal? Por ejemplo, ¿podría el Congreso simplemente calificarse a sí mismo de convención (tras recibir las correspondientes solicitudes de las dos terceras partes de las asambleas legislativas estatales)? Si no puede hacerlo, ¿por qué no puede? Si la convención debe reunirse como un órgano separado, como hizo en Filadelfia, ¿debería seguir a Filadelfia dando un solo voto a cada estado independientemente de su población? Esta creciente lista de cuestiones[2] debería prevenirnos de hacer descripciones excesivamente entusiastas del Artículo

---

[1] El Artículo Cinco concluye con dos condiciones: «Siempre que ninguna enmienda que sea anterior al año mil ochocientos ocho afecte de algún modo a las cláusulas una y cuatro de la Sección Novena del Artículo Uno [que trata del comercio de esclavos y de los impuestos directos]; y que ningún estado, sin su consentimiento, sea privado de su sufragio igual en el Senado».

[2] Sanford Levinson (ed.), *Responding to Imperfection: Thre Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995, pp. 5-6, proporciona una lista ampliada.

Cinco como si tuviese un «significado sencillo»[3]. Recurrir al texto no puede ser una escapatoria del ejercicio reflexivo del juicio jurídico.

De un modo más general, quiero adoptar un punto de vista pluralista de las fuentes de la ley. En vez de elegir entre las lecciones del texto y las lecciones de nuestros grandes precedentes históricos, deberíamos tratar de aprender de ambos, coordinándolos en una comprensión mayor de la regla de la producción normativa de carácter superior. Mi verdadero antagonista, por consiguiente, no es el textualista reflexivo, sino quienes tratan el texto de la Fundación como la fuente exclusiva de la ley. Los hipertextualistas, como les llamo yo, insisten en que *todo* lo que necesitan saber los juristas modernos acerca de la revisión constitucional puede encontrarse en los «recovecos» del Artículo Cinco. Aunque esta postura no está representada de un modo convincente en la literatura[4], mis encuentros con juristas corrientes en el mundo real me han llevado a tomármela en serio. Cuando pasemos a los siglos XIX y XX, volveré a considerar cómo los altibajos de la historia socavan las afirmaciones del hipertextualismo. Por ahora, trataré de excluir el hipertextualismo de la línea de salida, por la simple razón de que no hace justicia a las complejidades de la interpretación original. Desde el primer momento, nuestra Constitución se ha basado en la afirmación pluralista de que tanto el texto como la práctica merecen tener un peso en la ley evolutiva de la producción normativa de carácter superior.

La Convención

Si los Artífices querían reivindicar el hipertextualismo con decisión tenían una forma fácil de hacerlo. Podían haber redactado una condición explícita que dijese: «Esta Constitución *solamente* podrá ser enmendada cuando…». Escribiendo una cláusula como esta, los Federalistas habrían advertido conscientemente a los futuros estadounidenses de que no tratasen sus propias actividades no convencionales como un precedente: «Si bien reclamamos la autoridad para revisar los Artículos en nombre del Pueblo, negamos que las generaciones futuras tengan el mismo derecho a cambiar los procedimientos para hacer enmiendas que establecemos ahora en el Artículo Cinco».

[3] Véase, por ejemplo, David Dow, «The Plain Meaning of Article V», *ibid.*, pp. 117-144.
[4] Pero véase *ibid.*, p. 127; Laurence Tribe, «Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation», *Harvard Law Review*, vol. 108, 1995, pp. 1232-1233, 1240-1249, 1286-1303. Otros comentaristas de tendencia claramente formalista, sin embargo, se muestran cautelosos respecto a la posibilidad de un cambio legítimo al margen del Artículo Cinco. Véase Michael Paulsen, «A General Theory of Article V», *Yale Law Journal*, vol. 103, 1993, pp. 677, 687 nota 27.

Pero la Convención no hizo tal cosa, pese a las advertencias de los delegados de que estaban creando un precedente decisivo: «Mr. Gerry insistió en la indecencia y en la tendencia perniciosa de disolver con tanta ligereza las solemnes obligaciones de los Artículos de la Confederación. Si nueve de trece estados pueden disolver el pacto, seis de nueve podrán igualmente disolver de aquí en adelante un nuevo pacto»[5]. Diga lo que diga en otra parte el Artículo Cinco, el hecho es que *no* reclama la exclusividad.

Pero la Convención, replica el hipertextualista, no necesitaba decirlo. Podía basarse en una máxima legal establecida: «*expressio unius exclusio alterius*», que significa «enumerar una cosa equivale a excluir otras». Pero no hay pruebas de que la Convención se basase en esta máxima latina para resolver la indeterminación textual. En realidad, los documentos muestran que la Convención dedicó muy pocas reflexiones al Artículo Cinco.

Esto puede parecer sorprendente hasta que consideramos que el Artículo Cinco no fue la única disposición constitucional dedicada al problema de la producción normativa de carácter superior. Para los Federalistas, la otra disposición, la del Artículo Siete, era más importante. Fue aquí donde decidieron, tras un debate ansioso y recurrente, romper los vínculos con los Artículos de la Confederación declarando que las ratificaciones de nueve estados bastarían para validar la nueva Constitución. En cambio, el Artículo Cinco hablaba para el día de mañana, abordando un problema triplemente hipotético: *si* la Convención obtenía la aprobación general para la regla de los nueve estados anunciada en el Artículo Siete, y *si* los Federalistas conseguían controlar nueve convenciones estatales, y *si* el Pueblo deseaba más tarde cambiar la Constitución, ¿cómo habría que proceder?

No tiene nada de extraño que los delegados de la Convención tuviesen cosas mejores que hacer con su tiempo. Mientras los Federalistas elaboraban borradores que apuntaban brevemente a la necesidad de un artículo sobre las enmiendas, hubo muy pocas discusiones hasta la última semana de trabajo de la Convención. En este punto, el borrador de trabajo contenía una disposición que reflejaba el carácter rudimentario del debate: «A solicitud de las Asambleas legislativas de dos terceras partes de Estados de la Unión, para introducir una enmienda a esta Constitución, las Asambleas legislativas de los Estados Unidos convocarán una Convención con esta finalidad»[6]; dicho de otro modo, el proceso para la revisión debería seguir, más o menos, el procedimiento que habían utilizado los Federalistas en Filadelfia.

Pero en su encuentro inicial con el problema en el hemiciclo, los delegados fueron convencidos por Madison, tras una discusión muy breve,

[5] M. Farrand (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, cit., vol. 2, p. 561.
[6] *Ibid.*, p. 557.

para eliminar la posibilidad de una segunda convención constitucional y para poner el control del proceso de producción normativa de carácter superior firmemente en manos del nuevo Congreso:

> La Asamblea legislativa de los EEUU, siempre que dos terceras partes de ambas Cámaras lo consideren necesario, o a solicitud de dos terceras partes de las Asambleas legislativas de los diversos estados, propondrán enmiendas a esta Constitución, que serán válidas a todos los efectos como partes de la misma cuando hayan sido ratificadas por las tres cuartas partes al menos de las Asambleas legislativas de los diversos estados, o por Convenciones de las tres cuartas partes de las mismas, por uno u otro de los modos de ratificación que puedan proponer la Asamblea legislativa de Estados Unidos[7].

Luego, durante el último día de trabajo, los delegados retomaron el trabajo de Madison con un espíritu crítico:

> El Coronel Mason consideró el plan [...] objetable y peligroso. Como la propuesta de enmiendas ha de depender en ambos casos del Congreso, en el primer caso inmediatamente, y en última instancia en el segundo, el Pueblo nunca conseguiría obtener enmiendas apropiadas si el gobierno se volviese opresivo, como él en verdad creía que sería el caso.
>
> El Gob. Morris & Mr. Gerry propusieron enmendar el artículo en el sentido de que se requiriese una Convención a solicitud de 2/3 de los estados.
>
> Mr. Madison no veía por qué el Congreso no estaría tan obligado a proponer enmiendas solicitadas por dos terceras partes de los Estados como a convocar una Convención a solicitud de los mismos. No puso objeción, sin embargo, a proporcionar una Convención para introducir enmiendas, con la única excepción de las dificultades que pudiesen surgir respecto a la forma, el quórum, etcétera, lo que en las regulaciones constitucionales debía evitarse tanto como fuera posible[8].

Las últimas líneas se acercan tanto como es posible hacerlo a una aseveración hipertextualista en la Convención. Madison tenía toda la razón al quejarse de que la enmienda Morris-Gerry destruiría la promesa del Artículo Cinco de un buen sistema de reglas. Permitiendo explícitamente otra convención federal, Mason, Morris y Gerry estaban abriendo nuevas áreas de ambigüedad «respecto a la forma, el quórum, etc»., que la segunda Convención podría explotar de forma sorprendente; ambigüedades especialmente amenazadoras teniendo en cuenta el precedente iconoclasta establecido en Filadelfia. Si los delegados hubiesen estado sinceramente interesados en cumplir la promesa de claridad del hipertextualismo, habrían rechazado la enmienda Morris-Gerry o habrían concretado nuevas reglas para colmar las lagunas más preocupantes.

---

[7] *Ibid*., p. 559

[8] *Ibid*., pp. 629-630.

No hicieron ninguna de estas dos cosas. Cuando la Convención se vio ante el dilema de optar por la claridad normativa o permitir que el Pueblo rompiera el monopolio del Congreso sobre la producción normativa de carácter superior, los once estados por unanimidad se pronunciaron contra la primera. Hecha completamente añicos toda pretensión de perfección formal, Roger Sherman agitó aún más unas aguas ya de por sí turbias apuntando a la disposición que autorizaba la ratificación por las tres cuartas partes de las asambleas legislativas o de las convenciones estatales. Propuso borrar las palabras «tres cuartas partes [...] dejando que futuras Convenciones decidiesen esta cuestión, igual que las Convenciones presentes, en función de las circunstancias»[9]. Esta moción podía haber preparado el terreno para un debate amplio sobre el hipertextualismo. En otra ocasión mejor, podríamos haber oído a un pluralista afirmar que la enmienda de Sherman era innecesaria por cuanto una segunda convención podría seguir perfectamente el precedente de la primera yendo más allá de las reglas para la ratificación existentes. Pero los delegados no estaban de humor para discusiones prolongadas cuando ya habían enfilado la línea de meta. Sin discutirla en absoluto, siete estados votaron a favor de la propuesta de Sherman y tres en contra.

Esta no es, para decirlo suavemente, una imagen que presente al hipertextualismo del modo más favorable. Una cosa es centrarse en determinadas palabras de la Fundación cuando representan la culminación de un pensamiento amplio y profundo; y otra muy distinta cuando son la consecuencia de una precipitación de última hora, especialmente cuando los Federalistas, en su muy comprensible deseo de volver a casa, dedicaron más tiempo a defender los llamamientos de Mason a la soberanía popular que a las preocupaciones de Madison respecto a la perfección formal del sistema de reglas del Artículo Cinco.

El tratamiento despreocupado que dieron los Fundadores al Artículo Cinco contrasta claramente con la forma perfectamente deliberada con la que procedieron a romper con la Confederación en nombre de Nosotros, el Pueblo. ¿Por qué, entonces, deben los constitucionalistas ignorar las lecciones de su bien meditada práctica y centrarse exclusivamente en los fragmentos normativos tan negligentemente dejados atrás en el Artículo Cinco?

Interpretación pública y lenguaje ordinario

No quiero cargar demasiado las tintas en las deliberaciones secretas –o en su ausencia– que tuvieron lugar en la Convención de Filadelfia. ¿Cómo habrían interpretado el artículo los estadounidenses ordinarios? ¿Habrían

---

[9] *Ibid.*, p. 630.

utilizado la fórmula *expressio unius* como clave para determinar si proporcionaba los modos exclusivos para las enmiendas? ¿Cuál es, en todo caso, el fundamento de esta máxima latina?

Yo la interpreto basándome en un hecho acerca del lenguaje ordinario. Supongamos, por ejemplo, que su jefe le dice: «Puede utilizar un martillo para arreglar la máquina». En determinados contextos, usted tendría motivos para utilizar la máxima *expressio unius* para interpretar que la observación de su jefe significa: «Puede *solamente* utilizar un martillo *y nada más* para arreglar la máquina».

Pero solo a veces. Puede que sea más sensato interpretarla como «Puede usted utilizar un martillo *o cualquier otro utensilio* para arreglar la máquina». La inferencia correcta depende del contexto, lo que hace que la historia sea importante. Pero antes de adentrarnos en esta vía, unos cuantos experimentos mentales nos permitirán hacernos una idea de las cuestiones contextuales.

Reflexionemos, primero, acerca del hecho de que el Artículo Cinco no crea meramente un solo instrumento para arreglar la máquina constitucional; crea cuatro. En la vida ordinaria, este simple hecho inclina sutilmente –aunque no decisivamente– la balanza a favor del pluralismo. Supongamos que el jefe dice: «Puede utilizar martillos o destornilladores, o ambas cosas, para arreglar la máquina», y usted descubre que una llave inglesa es mucho más útil que cualquiera de estos dos instrumentos. ¿Acaso el hecho de que el jefe haya autorizado inicialmente el uso de varios instrumentos diferentes, y no solo de uno, no hace que la lectura pluralista sea un poco más plausible?

Considere el mismo caso que antes, con un factor adicional. Antes de darle instrucciones acerca de martillos y destornilladores, el propio jefe ha arreglado la máquina con una llave inglesa. Usted está considerando la posibilidad de utilizar también una llave inglesa cuando un partidario de *expressio unius* interviene:

> E(xpressio): El jefe ha dicho que podías utilizar martillos o destornilladores, pero no ha dicho nada de llaves inglesas. ¿Cómo te atreves a desobedecerle?
>
> P(luralista): ¡Pero si él mismo ha utilizado una llave inglesa! Si el jefe no quisiera que utilizara una llave inglesa me lo habría dicho expresamente.

En muchos contextos, la respuesta de P sería perfectamente sensata. A menos que E indique algún rasgo especial que respalde su inferencia, la balanza contextual parece decantarse del lado del pluralista: «Puede usted

utilizar un martillo, un destornillador o *cualquier otro instrumento (y especialmente una llave inglesa)* para arreglar la máquina».

Añadamos finalmente un poco más de contexto. La vez que el jefe utilizó una llave inglesa para arreglar la máquina, él mismo tenía un jefe que le había dicho *explícitamente* que no utilizase una llave inglesa. El jefe desobedeció y pese a ello consiguió arreglar la máquina. Ahora que se ha convertido en la máxima autoridad, no sigue el ejemplo de su antiguo patrón, y en vez de prohibir explícitamente el uso de una llave inglesa, simplemente evita mencionarla y le dice a usted que «puede utilizar un martillo o un destornillador». Cuando usted se dispone a utilizar una llave inglesa, E interviene:

E: El jefe ha dicho que podías utilizar un martillo o un destornillador, pero no ha dicho nada de llaves inglesas. ¿Por qué le desobedeces?

P: ¡Pero si él mismo utilizó una llave inglesa cuando estaba en mi lugar!

E: ¿Y qué? A menos que mencione explícitamente la llave inglesa, has de entender que está prohibiendo implícitamente su uso.

P: Esto es absurdo. Tú no entiendes al jefe. Él trataba de ser útil aconsejándome el uso de martillos o destornilladores, no trataba de impedirme utilizar cualquier otra herramienta con la que pudiese hacer el trabajo.

E: ¿Y por qué no lo dijo?

P: Porque no era necesario que lo dijera, teniendo en cuenta la forma en que él interpretaba las instrucciones de su jefe cuando estaba en mi lugar. Al fin y al cabo, ignoró a su propio jefe cuando este le advirtió expresamente que no utilizara una llave inglesa. Si hubiese querido que yo me tomase su advertencia en serio lo habría dicho abiertamente; no lo habría señalado implícitamente.

Una constitución no es una máquina cualquiera, por supuesto. De todos modos, estos diálogos rebajan el tono de la retórica hipertextualista que presenta la máxima *expressio unius* como la única forma «natural» de leer un texto. En un contexto como el del último diálogo, la intuición lingüística de los hablantes nativos les inclina claramente en contra de la máxima y a favor del pluralismo. Esto es importante, ya que el escenario imaginario que hemos presentado se aproxima mucho a la realidad histórica.

Recuérdese que el Artículo XIII de Confederación estipulaba *explícitamente* que la cláusula sobre las enmiendas era exclusiva. Como en el último ejemplo hipotético, la Convención no solamente ignoró estas instrucciones de su jefe simbólico, sino que se negó a aceptar la cláusula de exclusividad para el procedimiento de las enmiendas. En un contexto como este ¿no es extraño suponer que la máxima *expressio unius* puede ser una guía apropiada?

Interpretación pública: Historia

Al fin y al cabo, los estadounidenses han estado proclamando desde 1776 el «derecho del Pueblo a modificar y a abolir» su gobierno, tanto en la Declaración de Independencia como en muchas de las constituciones estatales de la época revolucionaria[10]. Dado que la acción de los Federalistas se inscribe en el marco de esta tradición revolucionaria, ¿por qué tendría el estadounidense medio que interpretar el Artículo Cinco como una exclusión de todas las futuras llamadas al Pueblo que no satisficiesen sus requisitos?

Esta no es ciertamente la impresión dejada por James Wilson, que subió al estrado del hemiciclo de la convención para la ratificación de Pensilvania para insistir en que «el pueblo puede cambiar las constituciones siempre que quiera y del modo que quiera»[11]. Las palabras de Wilson tuvieron una gran aceptación, viniendo como venían de un hombre que le disputaba a Madison el liderazgo de la Convención. De hecho, el líder antifederalista John Smilie pronto trató de orientar las palabras de Wilson en una dirección inesperada: «incluso después de que esta Convención se haya puesto de acuerdo para ratificar el plan propuesto, si el pueblo, mejor informado o después de una deliberación más madura, lo considerase una forma mala o impropia de gobierno, tendría derecho a convocar otra convención para tomar en consideración otras medidas y derogar total o parcialmente el trabajo federal así ratificado»[12].

Más adelante, durante la campaña para la ratificación, los Federalistas trataron de utilizar el argumento de Smilie en su propio beneficio. Sus oponentes se habían centrado, como principal defecto de la Constitución, en el hecho de que Filadelfia no había incluido una Carta de Derechos. Teniendo en cuenta este importante fallo, ¿acaso no era más prudente condicionar la ratificación a la solución del mismo? Los Antifederalistas instaron a las convenciones a rechazar la ratificación y a insistir en que una segunda convención federal se reuniese para elaborar un conjunto apropiado de enmiendas; solo entonces sería oportuna la ratificación por parte de una segunda serie de convenciones estatales. ¿Qué prisa había, de todos modos?[13].

---

[10] Véase Akhil Amar, «The Consent of the Governed», *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, pp. 457, 475-481 (donde se revisan las constituciones revolucionarias de los estados).

[11] James Wilson, «Remarks at the Pennsylvannia Convention (24 de noviembre de 1789)», (versión de Thomas Lloyd), en M. Jensen (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, cit., vol. 2, *Ratification by the States: Pennsylvania*, pp. 350, 362.

[12] *Ibid*., p. 376.

[13] Jack Rakove proporciona un buen resumen de esta campaña en *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 1996, pp. 113-128. Explica que los Federalistas buscaron primero desorientar a sus oponentes afirmando que los mandatos para las convenciones estatales se limitaban a un simple voto afirmativo o negativo sobre la Constitución, y que no formaba parte de sus atribuciones adoptar ninguna otra acción creativa para iniciar otra ronda de actividad deliberativa. Pero las convenciones rechazaron la imposición de estos grilletes legalistas a sus poderes de producción normativa de carácter superior, y los Federalistas se

Los Federalistas respondieron a esta razonable pregunta asegurando a sus oponentes que el Primer Congreso respondería rápidamente con una Carta de Derechos. Pero ¿y si estas promesas no se cumplían? Esto es lo que dijo en su intervención inicial Edmund Pendleton, presidente de la convención para la ratificación de Virginia, respondiendo a estas inquietudes:

> Nosotros, el Pueblo, en posesión de todo el poder, formamos un gobierno que creemos que garantizará la felicidad; y supongamos, al adoptar este plan, que en el fondo estamos equivocados; ¿dónde está el motivo de alarma en este caso? En el mismo plan señalamos un método fácil y discreto para reformar aquello que pueda constituir un problema. Pero hemos dejado la introducción de este método en manos de nuestros servidores, que podrán impedirlo por motivos egoístas. ¿Y qué haremos entonces? ¿Resistiremos, como dijo mi amigo, insinuando que podríamos utilizar la fuerza? ¿Quién osará resistir al pueblo? No, nos reuniremos en Convención; retiraremos completamente nuestros poderes delegados o los reformaremos para evitar este abuso […][14].

Pendleton no hubiera podido mantener esta opción si el Artículo Cinco hubiese invocado explícitamente la exclusividad.

Tampoco condenan los Federalistas al olvido los sentimientos de Pendleton una vez cumplido su propósito durante la campaña para la ratificación. En sus influyentes *Law Lectures* de 1790, James Wilson repetía los mismos argumentos que había expuesto en la tribuna, recalcando el «gran principio que […] anima a todos los demás, según el cual el poder supremo o soberano de la sociedad reside en los ciudadanos en general; y que, por consiguiente, tienen siempre derecho a abolir, modificar o enmendar su constitución, en cualquier momento y de la manera que consideren oportuna»[15]. Pero ahora Wilson era un magistrado del Tribunal Supremo y entre su audiencia estaban los líderes del nuevo gobierno.

---

batieron en retirada. En estados clave como Massachusetts, Nueva York y Virginia, las convenciones estatales ratificadoras operaron sobre la base de que las restricciones dictadas por la Convención de Filadelfia en el Artículo Siete no limitaban su propio ejercicio de soberanía popular. Si bien este rechazo de una interpretación exclusivista del Artículo Siete es analíticamente distinguible de la cuestión relativa a si el Artículo Cinco ha de ser leído de forma exclusivista, yo creo que los dos temas eran muy parecidos para los estadounidenses del siglo XVIII y que la discusión de Rakove respalda la interpretación pluralista del Artículo Cinco que presentamos aquí.

[14] J. Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, cit., vol. 3, p. 37. El profesor Henry Monaghan, «We the People(s), Original Understanding, and Constitutional Amendment», *Columbia Law Review*, vol. 96, 1966, pp. 121, 151-156, desdeña estas observaciones de Pendleton y Wilson e ignora las de Smilie. Destaca otras discusiones en las que los Federalistas elogiaban en general el Artículo Cinco y los Antifederalistas mostraban la inquietud que les producía, sin considerar conscientemente si proporcionaba un método exclusivo para futuras revisiones constitucionales. Monaghan interpreta este silencio como una defensa de la posición exclusivista. No veo la razón de ello. Todo el mundo tenía sin duda derecho a mencionar el Artículo Cinco sin dirigir expresamente su atención al tema.

[15] Robert McCloskey, *The Works of James Wilson*, 2 vols., Cambridge (MA), Belknap Press of Harvard University Press, 1967, vol. 1, p. 79.

El mismo tema pluralista reaparece cuando el Primer Congreso cumple la promesa de los Federalistas de una *Bill of the Rights* [Carta de Derechos][16]. El borrador inicial de James Madison intercalaba las nuevas enmiendas en el texto original, empezando con un nuevo redactado del párrafo del preámbulo («*We the People*»), que incluía estas palabras: «el pueblo tiene el derecho indudable, *inalienable e irrenunciable* a reformar o cambiar su gobierno»[17]. Nadie negaba el mérito de este sentimiento, pero fue rechazado por motivos de redundancia. El comentario de Roger Sherman es muy revelador:

> El pueblo de Estados Unidos ha dado sus motivos para realizar determinado acto [...]. Aquí proponemos [...] hacerle saber que tiene el derecho a ejercer un privilegio natural e inherente, que ha afirmado en la solemne ordenación y establecimiento de la constitución. Ahora bien, si este derecho es irrenunciable, y el pueblo lo ha reconocido en la práctica, la verdad es así afirmada mucho mejor que con cualesquiera otras palabras. Las palabras «*We the people*» de la Constitución original son tan exuberantes y expresivas como quepa imaginar [...][18].

Este es precisamente el punto de vista pluralista. Si el principio de la soberanía popular se «afirma mejor en la práctica de lo que pueda hacerlo cualquier declaración», los juristas deberían tratar las lecciones de la práctica con la misma seriedad al menos con la que tratan las palabras del Artículo Cinco.

Esta conclusión se ve reforzada por la construcción práctica que los primeros estadounidenses dieron a las cláusulas para la introducción de enmiendas de tipo federalista. Una y otra vez, las asambleas legislativas se enfrentaron a constituciones estatales que, como el texto federalista de 1787, ni prohibían ni autorizaban explícitamente procedimientos de revisión no textuales. En dieciséis ocasiones antes de la Guerra Civil las asambleas legislativas estatales se negaron a interpretar que este silencio implicase exclusividad[19]. Convocaron repetidamente convenciones

---

[16] Agradezco a Akhil Amar que me haya llamado la atención sobre este punto. Véase A. Amar, «The Consent of the Governed», cit., pp. 491-492.

[17] Véase Bernard Schwartz, *The Bill of Rights: A Documentary History*, 2 vols., Nueva York, Chelsea House Publishers, 1971, vol. 2, p. 1026.

[18] *Ibid*., p. 1077. Véase también James Jackson («las palabras, tal como constan ahora, lo expresan de la mejor manera posible; son un reconocimiento práctico del derecho del pueblo a ordenar y establecer gobiernos, y son más expresivas que cualquier otra declaración escrita»), *ibid*. p. 1072; y John Vining («la constitución hizo valer el principio de la manera más firme mediante la declaración práctica que precedió a este instrumento; aludía a las palabras "Nosotros, el Pueblo ordenamos y establecemos"»), *ibid*., p. 1041.

[19] John Jameson, *A Treatise on Constitutional Conventions: their History, Powers, and Modes of Proceeding,* Chicago, Callaghan and Company, 1887, p. 209, nota 1, cuenta veinticinco de estas convenciones, pero su lista ha de ser reducida eliminando las tres de Georgia que se reunieron desafiando explícitamente textos constitucionales (véase F. Thorpe, *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies,*

constitucionales en ocasiones no explícitamente autorizadas por los textos que los regían. Mirando hacia atrás, el más destacado escritor de tratados del siglo XIX –el muy conservador juez Jameson– no tenía reparos en concluir: «de acuerdo con la autoridad [de los precedentes] ciertamente, y de acuerdo, creo yo, con los principios, el pueblo es competente, a instancias y mediante el gobierno existente, para enmendar su Constitución, bien del modo presentado [en el texto], bien de cualquier otro modo que la costumbre haya sancionado, y que un gobierno sensato pueda aprobar en todas las circunstancias»[20]. Los escasos académicos que en el siglo XX han estudiado seriamente estas fuentes tienden a ser igual de categóricos[21].

No niego que el exclusivismo empieza a tener serios partidarios a medida que avanza la República temprana. La afirmación más notable en este sentido se encuentra en la Carta de Despedida de George Washington:

> Si en opinión del pueblo la distribución o la modificación de los poderes constitucionales es errónea en algún aspecto, que se corrija mediante una enmienda de la forma que prevé la Constitución. Pero que no haya ningún cambio por usurpación, pues aunque en determinados casos este puede ser un instrumento para un buen fin, en la mayoría de ellos es el arma que se utiliza habitualmente para destruir a los gobiernos libres. El precedente siempre tiene que desequilibrar en gran medida con un mal permanente cualquier beneficio parcial o pasajero que pueda producir su uso en un determinado momento[22].

Como muchas despedidas, esta contrasta claramente con las acciones del autor cuando era un líder en activo. Si Washington hubiese hecho lo que predicaba habría abandonado la Convención Constitucional. Sin embargo, su Carta de Despedida inaugura una escuela de pensamiento que

---

Now or Heretofore Forming the United States of America, cit., vol. 2, pp. 785, 789, 801) y una de New Hampshire, que parece haberse reunido en conformidad con sus estatutos (*ibid.*, vol. 4, p. 2470). También doy un trato especial a los dos estados que conservaron sus viejos estatutos coloniales: Rhode Island (cuya asamblea legislativa convocó cuatro convenciones antes de que se estableciera una nueva constitución) y Connecticut (que convocó una). Dado que el Rey no había contemplado la posibilidad de la revisión popular, era perfectamente adecuado interpretar el silencio de su carta de privilegios de una forma no exclusiva. Haciendo las sustracciones adecuadas, quedan dieciséis convenciones en la lista de Jameson.

[20] *Ibid.*, p. 527.

[21] Véase R. Hoar, *Constitutional Conventions*, cit., pp. 25-29, 214-219; Walter Dodd, *The Revision and Amendment of State Constitutions*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1910, pp. 101-103; A. Amar, «Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside of Article V», *The University of Chicago Law Review*, vol. 55, 1988, pp. 1043-1044; y A. Amar, «The Consent of the Governed», cit., pp. 458-494. El profesor H. Monaghan ignora las implicaciones de esta pauta de práctica estatal prebélica en su reciente ensayo, «We the People(s), Original Understanding, and Constitutional Amendment», cit., pp. 162-165, y solamente discute un único ejemplo, el de la rebelión de Dorr en Rhode Island.

[22] James Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, 10 vols., Washington DC, Government Printing Office, 1896-1902, vol. 1, pp. 213-220.

considera la Fundación como el final, y no solamente como el comienzo, del experimento estadounidense con la soberanía popular[23].

La mejor manera de confrontar esta tradición es ir más allá de la Fundación y ver lo que han hecho realmente los estadounidenses con su Constitución en nombre del Pueblo. Pero por ahora, basta con advertir que la Despedida de Washington no hace justicia al ímpetu revolucionario del pensamiento y la práctica de los primeros estadounidenses. De acuerdo con mi lectura, las fuentes se comprueba que apuntan generalmente en una dirección pluralista, y nos aconsejan no leer el silencio del Artículo Cinco como si contuviese el intento expreso de la generación de la Fundación de colocarse ella misma en un pedestal e impedir a las futuras generaciones seguir el ejemplo de Washington en vez del consejo que contiene su Carta de Despedida.

El significado de la Convención

Dejemos, pues, el texto y vayamos de nuevo a la práctica de los Fundadores, esta vez para buscar en ella unos significados legales más profundos. El mejor lugar para empezar es la curiosa institución que los Federalistas colocaron en el centro del escenario. En el derecho constitucional inglés, una «convención» era una especie de Parlamento legalmente defectuoso, y muy en particular el que presidió la Revolución Gloriosa de 1688. Antes de escabullirse de Londres, el rey Jacobo II anuló los mandatos electorales que había emitido y tiró el Gran Sello al Támesis, diciendo: «Solamente podrá autorizarse una reunión del Parlamento con un mandato que lleve el sello real»[24].

Sus enemigos respondieron con un pseudoproceso. Antiguos miembros de la Cámara de los Comunes se reunieron en Westminster como un organismo *ad hoc* e hicieron pública una «circular» que sustituía los mandatos electorales legales. Con estas circulares en mano, los funcionarios gubernamentales llevaron a cabo algo muy parecido a unas elecciones a la Cámara de los Comunes. Miembros de esta Cámara no convencional se unieron con (algunos) de los lores en una «Convención». Pero ni siquiera este sucedáneo de Comunes + Lores constituía un verdadero Parlamento a tenor de la ley inglesa, porque para ello se requería la presencia del rey, y Jacobo II

[23] Los comentarios más tempranos proyectan una luz incierta sobre este asunto. Joseph Story describe y elogia el Artículo Cinco en una dirección claramente exclusivista, pero no aborda directamente la cuestión. Véase J. Storey, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 3 vols., Boston, Hilliard, Gray, and Company y Cambridge, Brown, Shattuck, & Co, 1833, vol. 3, pp. 685-690. William Rawle, *A View of the Constitution of the United States*, Filadelfia, H. C. Carey & I. Lea, 1825, p. 12, rechaza explícitamente el exclusivismo .

[24] Citado por Lois Schworer, *The Declaration of Rights, 1689*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1921, p. 126. El capítulo 6 contiene un excelente análisis.

estaba ausente[25]. Pero pese a la evidente ruptura con las reglas formales, los *whigs* habían ideado un procedimiento que creaba tanta continuidad institucional con el viejo régimen como era plausible dadas las circunstancias.

A ojos de los vencedores de la Revolución Americana, la Convención de 1688 fue la responsable de algunos de los mayores logros de la historia constitucional inglesa, muy particularmente la promulgación de una Carta de Derechos y la sustitución de un rey tirano por un monarca constitucional. Este gran precedente proporcionó a los Federalistas un lenguaje que les permitía presentar su iniciativa rupturista de una forma que se acercaba mucho pero que no llegaba a ser una revolución total. Igual que en 1688, las convenciones federalistas de 1787-1788 habían infringido algunas reglas básicas pero también habían creado unos vínculos institucionales creíbles con la constitución preexistente. Gracias al precedente inglés, los Federalistas no se vieron obligados a utilizar un lenguaje extraño para explicar lo que estaban haciendo. Convocando «convenciones» podían adaptar un antiguo vocabulario que ya había arraigado profundamente en la cultura política viva[26].

El inglés moderno ha evolucionado hasta el punto de que el uso que hicieron los Federalistas de la palabra «convención» no tiene nada de convencional. Para mantener un vínculo con el pasado, yo he estado utilizando la expresión «no convencional» para describir el mismo tipo de práctica institucional. Este es un cambio léxico muy drástico, pero los Federalistas también fueron unos reformadores del lenguaje. Sus convenciones eran algo muy diferente de su gran precedente inglés. Para empezar, afirmaban tener una mayor autoridad. La Convención de 1688 estaba profundamente avergonzada por su defectuosa legalidad. En cuanto Guillermo y María estuvieron confortablemente instalados en el trono, la Convención declaró que era un verdadero Parlamento y aprobó una ley que legalizaba retroactivamente los anómalos actos de su legalmente defectuoso predecesor[27]. En cambio, las convenciones Federalistas afirmaban hablar en nombre del

---

[25] Véase John Miller, «The Glorious Revolution: "Contract" and "Abdication" Reconsidered, *Historical Journal*, vol. 25, 1982, p. 541; Thomas Slaughter, «"Abdicate" and "Contract" in the Glorious Revolution», *Historical Journal*, vol. 24, 1981, p. 323.

[26] Entre los Federalistas más destacados, James Wilson fue el que contribuyó con el análisis más penetrante de la Convención de 1688, defendiendo su valor de precedente frente a conservadores como William Blackstone, que trataban equivocadamente de «negar que fuese una base sobre la que pudiera establecerse ningún principio constitucional». Véanse sus *Lectures on Law*, en R. McCloskey, *The Works of James Wilson*, cit., pp. 78-80.

[27] El Parlamento de 1690 se apresuró a promulgar «una ley para reconocer al rey Guillermo y a la reina María, y para evitar todas las cuestiones relativas a las leyes aprobadas en el parlamento reunido en Westminster, el día trece de febrero de mil seiscientos ochenta y ocho», que declara que «todas y cada una de las leyes elaboradas y promulgadas en dicho parlamento fueron y son leyes y estatutos de este reino, y como tales han de ser consideradas, aceptadas y obedecidas por todas las personas de este reino», E. Neville Williams, *The Eighteenth-Century Constitution 1688-1815: Documents and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 1960, pp. 46-47.

Pueblo *mejor* que el Congreso y que las asambleas legislativas estatales establecidas. En una inversión notable, el carácter legalmente problemático de las convenciones era considerado como un signo de su superior capacidad para hablar en nombre del Pueblo.

Con esta iniciativa, los Federalistas no estaban actuando de una forma totalmente carente de precedentes. Unos años antes, los concejos municipales de New Hampshire y de Massachusetts se habían negado a aprobar unas constituciones propuestas por sus asambleas legislativas y habían insistido en la necesidad de convocar unas convenciones especiales[28]. Los Federalistas, por consiguiente, estaban nacionalizando un precedente que ya había ganado un punto de apoyo en el ámbito local.

Pero ellos dieron a este precedente una interpretación diferente. Mientras que los concejos municipales de New Hampshire y Massachusetts habían insistido en que fuesen las convenciones estatales las que propusieran constituciones, no veían la necesidad de exigir unas convenciones especiales para ratificarlas, sino que creían que podían aprobarlas ellos mismos[29]. Los Federalistas utilizaron el recurso de la convención doblemente: después de proponer su Constitución en Filadelfia, exigieron que se convocaran unas convenciones especiales para su ratificación.

Esta segunda ronda fue esencial para la legitimación de su ejercicio rupturista. De otro modo se habrían visto obligados a defenderse ellos mismos ante los mismos organismos que habían definido sus mandatos legales: las asambleas legislativas estatales. Al convocar convenciones para la ratificación, podían redefinir las cuestiones relevantes. En vez de actuar defensivamente cuando sus oponentes les acusasen de infringir las reglas, podían pasar a la ofensiva y negar que unas objeciones legalistas pudiesen apropiadamente impedir a una convención del Pueblo deliberar sobre su destino constitucional. Después de todo, si la ciudadanía consideraba tan problemática la ruptura de la legalidad podía simplemente elegir a suficientes Antifederalistas en las convenciones de ratificación de modo que la Constitución estuviese condenada.

La apelación refrendaria de los Federalistas colocó a sus oponentes en una situación de clara desventaja ideológica. Los Antifederalistas también eran hijos de la Revolución. También ellos habían infringido innumerables normas inglesas en nombre del Pueblo. También ellos sabían que la

J. P. Kenyon trata toda la cuestión con una gran sutileza en su *Revolution Principles: The Politics of Parties, 1689-1720*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977, pp. 37-41.

[28] G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., pp. 340-343; R. Hoar, *Constitutional Conventions*, cit., pp. 6-7.

[29] Véase J. Jameson, *A Treatise on the Principles of American Constitutional Law and Legislation*, cit., §§132, 157-158: G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., pp. 340-343.

Convención de 1688 había jugado un papel sobresaliente en la Revolución Gloriosa. Pero una vez que los Federalistas hubieron adaptado el imaginario de la convención en nombre de sus reformas revolucionarias, los Antifederalistas se quedaron con la imagen de quisquillosos legalistas, y lo sabían. Dado que el hecho de convocar convenciones para la ratificación fue una cuestión muy discutida en algunas de las asambleas legislativas estatales, el éxito de los Federalistas adoptando una posición de superioridad ideológica pudo haber sido determinante.

Una vez más, no parece que exista una palabra estándar para describir el carácter distintivo de su innovación. Se me perdonará, pues, que califique a las convenciones federalistas para la ratificación de ejercicio de democracia *cuasi directa*. Para que se entienda esta mezcla particular, empecemos con el sentido en que la iniciativa de los Federalistas se aproximó a la noción de democracia «directa» tal como la ejemplifica un referéndum popular. Igual que en un referéndum, los comicios para elegir delegados a la convención en 1787 y 1788 se centraron en una propuesta concreta: la Constitución Federalista de 1787. Al mismo tiempo, el proceso fue solo cuasi directo: con su sufragio, los votantes no emitían un juicio sobre los méritos de la Constitución Federalista; solo elegían a unos delegados para que deliberasen sobre ellos. Esto hacía posible un proceso de toma de decisiones más complejo que el simple Sí-No de un plebiscito moderno: de este modo podían elegirse delegados que no estaban públicamente comprometidos sobre la cuestión; otros podían elegir pagar el precio político de cambiar su postura pública de No a Sí. Pese a esta flexibilidad, los delegados tenían un sentido más claro del «mandato» del Pueblo para moverse en una dirección particular del que aflora normalmente en una contienda electoral ordinaria.

La modalidad de la convención, por lo tanto, representaba una mezcla particular de voluntad popular y deliberación de la elite, que combinaba la implicación popular de la «democracia directa» con la deliberación perfeccionada de la «democracia representativa». El objetivo era un *plebiscito deliberativo*[30]. Pero, apuntando tan alto, los Federalistas corrían el riesgo de no dar en el blanco en ninguno de los dos casos: sus convenciones podían carecer de la credibilidad democrática de un referéndum, careciendo al mismo tiempo de la calidad deliberativa de los mejores órganos representativos. De hecho, los antecedentes históricos son variados, y pronto consideraremos el lado más oscuro de la práctica federalista.

---

[30] Es interesante constatar que los primeros referéndums suizos también evitaban las rígidas alternativas sí-no de los plebiscitos modernos. Véase Benjamin Barber, *The Death of Communal Liberty*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1974, pp. 189-194.

Pero por ahora nos vamos a centrar en su aportación positiva. El experimento federalista de democracia cuasi-directa se adelantó mucho a su época. Durante el medio siglo posterior a 1787, se promulgaron treinta y cuatro constituciones estatales, pero solamente seis de ellas fueron ratificadas por medio de un procedimiento especial que comportaba el voto delimitado del Pueblo, y solo dos de estas seis tuvieron lugar fuera de Nueva Inglaterra. La ratificación popular solo se convirtió en una norma nacional después de la Revolución Jacksoniana de la década de 1830[31]. Vista en su contexto de tiempo y lugar, la convocatoria federalista de convenciones para la ratificación fue un experimento de democracia radical[32].

Su éxito es imposible de entender sin hacer referencia a este ideal radicalmente democrático. Después de todo, sus oponentes podían haber reaccionado ante el carácter ilegal de la convocatoria federalista boicoteando las elecciones y privándolas de este modo de legitimidad. Por el contrario, respondieron a la convocatoria de la Convención al Pueblo compitiendo por el apoyo popular en una contienda relativamente limpia y franca. Su claro compromiso electoral mejoró enormemente la calidad de la victoria final de los Federalistas. Una vez que los Antifederalistas se subieron al tren que había empezado su camino en Annapolis, les habría resultado muy difícil bajarse del mismo y condenar el resultado de las elecciones simplemente por el hecho de haberlas perdido.

Tras cuatro años de debate institucional, los Federalistas habían alcanzado un punto en el que incluso a sus más acérrimos oponentes les resultaba muy difícil negar que la Constitución representase un juicio reflexivo de Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos. Para resumir esta dinámica de subirse al tren, puede ser esclarecedor distinguir entre sus aspectos positivos y sus aspectos negativos. Negativamente, la acción no convencional sirvió para limitar las consecuencias desestabilizadoras de una ruptura de las reglas básicas para la revisión constitucional, proporcionando de este modo a los actores políticos un contexto institucional para la toma de decisiones que era lo suficientemente familiar para implicarlos en debates y decisiones constructivos. Positivamente, la elaboración de nuevas formas de democracia cuasi directa permitió a la opinión pública intervenir de una forma específicamente enfocada, sin reducir la noción de un mandato a un mecánico voto sí-no. En vez de suponer que el Pueblo ha hablado directamente en las urnas, el precedente federalista promete *legitimación por medio de un diálogo institucional en profundidad entre las elites políticas*

---

[31] Véase Daniel Rodgers, *Contested Truths*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1987, p. 87, cuyo capítulo sobre la convención constitucional es excelente.
[32] G. Wood, *The Radicalism of the American Revolution*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 1992; James Pope, «Republican Moments: The Rol of Direct Popular Power in the American Constitutional Order», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 139, p. 287.

y los ciudadanos ordinarios. La idea es que una forma de práctica institucional compleja y extendida en el tiempo otorgará en última instancia a un grupo de reformadores revolucionarios un tipo de autoridad popular cualitativamente diferente de la que se obtiene con una victoria electoral normal. El reto es entender de un modo más preciso el carácter distintivo de esta práctica no convencional.

Releer el texto: la dinámica de la legitimación

Este era, por supuesto, el objetivo del capítulo anterior. En vez de considerar la práctica federalista como un todo indiferenciado, seguimos a los Fundadores a través de un proceso en cinco fases de legitimación constitucional, avanzando desde los problemas de la señalización y a través de las dificultades de la consolidación constitucional. Pero quizá podemos ahora profundizar este estudio monográfico integrándolo en los temas más amplios de este capítulo. He estado defendiendo un método legal pluralista que rechaza tener que elegir entre las lecciones del texto y las de los precedentes, y que busca sintetizar unas y otras en un todo mutuamente esclarecedor. En esta línea de pensamiento integradora, los juristas deberían estar siempre ojo avizor para detectar aquellas formas en que el texto del Artículo Cinco confirma, rechaza o refina las conclusiones sugeridas por su estudio de la práctica constitucional. Podemos ahora empezar a hacer efectiva esta promesa.

Como hemos visto, a un hipertextualista le resulta muy difícil leer el Artículo Cinco sin incomodarse, porque si lo analizamos como sistema de reglas, este es casi criminalmente negligente en su incapacidad para regular los problemas más obvios. Para el pluralista, en cambio, el texto consolida y refina las lecciones de la práctica. Consideremos, primero, cómo elabora pautas de legitimación de complejidad diferencial mientras contempla diferentes instituciones que están en primer plano. Empecemos por la más sencilla, la relativa a los órganos estándar del gobierno cotidiano: el Congreso y las asambleas legislativas estatales. Cuando estas instituciones ocupan el primer plano, el texto describe una pauta truncada: dos terceras partes del Congreso proponen una enmienda y la mandan a las asambleas legislativas estatales para su ratificación. Incluso aquí, vale la pena destacar la existencia de dos fases menores. Entre la propuesta y la ratificación hay una fase intermedia durante la cual el Congreso ejerce una función desencadenante, decidiendo que su propuesta ha de ser ratificada por las asambleas legislativas estatales más que por convenciones. Al final del proceso, el texto apunta hacia otra fase menor. Anuncia que la enmienda «será válida a todos los efectos» una vez ratificada por las tres cuartas partes de

los estados, pero sin explicar cómo va a tener lugar este acto de consolidación constitucional. Así, la Constitución parece prever un proceso en cuatro etapas en lo que respecta al Congreso y a las asambleas legislativas, con dos fases principales –propuesta y ratificación– y dos fases menores: desencadenamiento y consolidación.

La dinámica legitimadora se vuelve más compleja cuando la «convención» entra en escena. El tratamiento completo comprende cuatro fases importantes, que alternan entre órganos normales y no convencionales. Primero, dos terceras partes de las asambleas legislativas estatales señalan la necesidad de una «convención» constitucional, una palabra cuyas complejas resonancias acabamos de explorar. En respuesta a esta señal, el Congreso no tiene elección: «debe» hacer la convocatoria y permitir que la convención tome la iniciativa en la fase de la propuesta. Pero luego la iniciativa vuelve a una institución normal –el Congreso–, cuya decisión desencadenante adquiere una importancia mayor. Frente a la demanda por parte de la convención de una revisión constitucional en nombre del Pueblo, el Congreso puede o bien tramitar la propuesta por las vías normales o bien convocar otra ronda de actividades no convencionales. Pidiendo la ratificación por medio de las «convenciones», el Congreso desplaza a los cuerpos legislativos normales de los estados de su posición de autoridad. Finalmente viene la fase débilmente articulada de la consolidación, cuando alguien reconoce que tres cuartas partes de las convenciones estatales han firmado la ratificación, y las nuevas revisiones entran en vigor.

En suma, el texto prevé el mismo proceso en cinco fases mediante el cual los Federalistas obtuvieron su propia legitimidad. Esto me parece importante, obviamente porque confirma las categorías que hemos utilizado para describir el proceso de la Fundación. Nuestras cinco fases están no solo enraizadas en las realidades de la Fundación, sino que los propios Fundadores hicieron unas distinciones funcionales comparables. Aún más importante, los Fundadores están recomendando este modelo para el futuro. Como hemos visto, rechazaron conscientemente un borrador que otorgaba al Congreso el monopolio del proceso para la introducción de enmiendas constitucionales. En vez de eliminar toda mención a los momentos creativos cuando las «convenciones» se pronunciaban en nombre del Pueblo, su texto sostiene esta opción como un aspecto esencial del desarrollo constitucional estadounidense.

No es que el texto menosprecie el papel de las instituciones normales del gobierno estadounidense. Lo que busca es reproducir uno de los aspectos más característicos de la práctica de la Fundación: la forma no convencional en la que los Federalistas buscaron repetidamente obtener la confirmación oficial de las decisiones tomadas en sus legalmente anómalas convenciones. Así, el texto no prevé que la siguiente convención surja de la nada. Al contrario, será

convocada a la existencia por los mismos órganos –las asambleas legislativas estatales– que infundieron vida a Filadelfia; el texto expresa una alternancia similar de autoridad oficial y no convencional en la fase desencadenante y en la fase de la ratificación (y habla ambiguamente sobre este asunto al abordar la fase final de la consolidación constitucional).

Aquí hay implícita una idea profunda. En la Constitución estadounidense no se espera que las instituciones ordinarias defiendan su autoridad a toda costa. Son explícitamente invitadas a trabajar en una precaria asociación con instituciones no convencionales que hablan en nombre del Pueblo. Si bien las instituciones ordinarias pueden adherirse a las proclamaciones plebiscitarias de reformadores revolucionarios reunidos en foros anómalos, continúan jugando un papel estabilizador crucial, preservando profundas continuidades constitucionales incluso en épocas de alteración institucional radical. Por este medio, el texto nos invita a imaginar que los estadounidenses pueden llegar a transformar momentos de crisis grave en triunfos democráticos de creatividad constitucional. ¿Es esta solución no convencional una respuesta prometedora a la crisis?

Lo veremos. Pero antes quiero volver a la Fundación y corregir lo que podría parecer un relato excesivamente triunfalista. Si bien no tengo reparos en aplaudir el avance histórico conseguido por las convenciones federales y estatales, tampoco pretendo negar que los Federalistas no llegan a hacer realidad el ideal de la soberanía popular, incluso tal y como era entendido en el siglo XVIII. Juzgado en términos modernos, el aspecto que ofrece la Fundación resulta todavía peor.

Afrontar estos hechos incontrovertibles no solo es esencial para tener un punto de vista equilibrado, sino que también juega un papel importante en el conjunto de mi argumentación. Hasta ahora he utilizado instrumentos estrictamente jurídicos en mi intento de persuadir al lector a abandonar una interpretación hipertextualista del cambio constitucional, apelando al lenguaje expreso del Artículo Cinco, a la interpretación original, a la naturaleza del precedente de la Fundación y a otras cosas por el estilo. Si todo esto no ha desacreditado completamente el hipertextualismo, ¿acaso no ha suscitado al menos muchas dudas?

Aquí es donde entra mi crítica moral. *Quizá* el lector podría estar justificado otorgando al Artículo Cinco el monopolio del cambio constitucional si la Fundación se hubiese aproximado al ideal de la soberanía popular más que cualquier otra transformación constitucional posterior de la historia estadounidense, pero los hechos no avalan esta suposición. Si bien la práctica constitucional de los Republicanos de la Reconstrucción y de los Demócratas del *New Deal* ha tenido defectos importantes, en muchos sentidos ha sido superior a la de los Federalistas. Dados estos déficits de

la Fundación, parece moralmente estrafalario, además de jurídicamente inapropiado, otorgar a los Federalistas la autoridad constitucional de establecer las reglas para los subsiguientes intentos de hablar en nombre del Pueblo. Al contrario, solo porque los Republicanos de la Reconstrucción y los Demócratas del *New Deal* consiguieron corregir algunos de los fallos más obvios de la Fundación, tenemos razones para negarnos a arrojar el precedente Federalista al basurero de la historia. El hipertextualista, en suma, no solo está históricamente equivocado, sino que es moralmente obtuso cuando supone que los Federalistas tienen la última palabra en lo que respecta a la revisión constitucional. Una vez que examinamos sus fallos morales, resulta aún más claro que la Fundación merece ser tratada, en el mejor de los casos, no como el final, sino solo como el principio del combate que todavía están librando los estadounidenses por la soberanía popular.

Los fallos de la Fundación

Tres fallos destacan por encima de los demás. El más obvio de todos es la política de exclusión de los Fundadores. Para ganarse el derecho de hablar en nombre del Pueblo, los Federalistas creyeron no tener necesidad de apelar a las mujeres, a los esclavos o a los nativos americanos. Si bien la práctica de la Convención fue sorprendentemente democrática para su época, no puede compararse a las interpretaciones más modernas. En cambio, las prácticas de producción normativa de carácter superior de la Reconstrucción y el *New Deal* –aunque no pueden considerarse ideales– se basaron en una concepción mucho más democrática de Nosotros, el Pueblo. Como veremos, los estadounidenses negros entraron de verdad por primera vez en la historia constitucional con la ratificación no convencional de la Decimocuarta Enmienda. Las votantes femeninas lograron el sufragio cuando los estadounidenses respondieron a la Gran Depresión cambiando radicalmente sus tradiciones constitucionales. Incluso hoy, estamos todavía lejos del ideal de una ciudadanía en el que cada estadounidense tiene una voz más o menos igual en política constitucional. Pero el proyecto de democracia dualista de la Fundación hubiera perdido toda su credibilidad si los estadounidenses no hubiesen ido más allá de la concepción estrecha de Nosotros, el Pueblo que tenía la Fundación.

Al lado de esta gran cuestión de la exclusión, los otros fallos de la Fundación pueden parecer poca cosa, pero juzgados desde cualquier otro baremo no son defectos menores. El primer problema tiene que ver con la negativa de los Federalistas a buscar una legitimación electoral directa para la Convención de Filadelfia. Como han señalado repetidamente los

críticos[33], la Convención hubiese fortalecido enormemente su autoridad si sus miembros hubiesen sido elegidos directamente, en vez de ser designados por las asambleas legislativas estatales. Desde esta perspectiva, la reunión de Filadelfia habría servido simplemente para convocar otra convención, esta vez formada por delegados electos en posesión de un mandato más evidente para proceder a una reforma revolucionaria. ¿Acaso esa convención no habría tenido un mandato mucho más claro para hablar en nombre del Pueblo?

Pero lo que estaban haciendo los Federalistas no era organizar un seminario de filosofía. Estaban tratando de ganar. Otra ronda de elecciones habría dado a los Antifederalistas la oportunidad de conseguir un montón de escaños en la siguiente convención, permitiéndoles desbaratar las ambiciones centralizadoras de los Federalistas. La mayoría en Filadelfia no estaba en absoluto dispuesta a correr ese riesgo. Había costado mucho trabajo llegar a Filadelfia y Madison y compañía estaban absolutamente decididos a aprovechar al máximo aquella oportunidad.

En respuesta a sus críticos, Madison y el resto acallaron la voz de su conciencia señalando que el Pueblo era perfectamente libre de rechazar la obra de la Convención seleccionando delegados Antifederalistas para las convenciones de ratificación. ¿No justificaba este hecho que la Convención de Filadelfia procediera pese a que los delegados no habían sabido imponerse por medio de una elección popular directa?

En realidad, no. Es verdad, naturalmente, que las credenciales democráticas de la Convención no hubiesen valido nada si se hubiesen negado a permitir *cualquier* tipo de proceso electoral para poner a prueba a la nueva Constitución. Sin embargo, los filadelfianos se estaban asegurando un gran poder al forzar a las convenciones estatales a considerar su propuesta en vez de las otras muchas que se podían haber formulado. Al fin y al cabo, muchas de las alternativas podrían haberse impuesto en una votación de sí o no en las convenciones estatales para la ratificación. Pero fueron los treinta y ocho signatarios de Filadelfia los que efectivamente determinaron a cuáles de estas propuestas se daría una oportunidad. Para empeorar aún más las cosas, estos caballeros no electos afianzaron la autoridad para desencadenar un cambio decisivo en las reglas para la ratificación que resultó ser absolutamente esencial para el éxito de su Constitución.

Dada la enorme importancia práctica de esta propuesta y de las funciones desencadenantes, los Federalistas empañaron gravemente su legitimidad siguiendo el atajo que siguieron, al menos comparado con el camino más democrático tomado por actores no convencionales posteriores. Tanto los Republicanos de la Reconstrucción como los Demócratas

---

[33] Véase el capítulo 2.

del *New Deal* tuvieron que ganar muchas más elecciones populares que sus homólogos Federalistas antes de obtener la autoridad constitucional para tomar decisiones similares en nombre del Pueblo. En este detalle en particular son ellos, no los Federalistas, quienes constituyen los precedentes más firmes de soberanía popular.

Pasando luego a los problemas de la ratificación, es útil distinguir entre la calidad del debate de la Fundación y la cantidad del apoyo Federalista. Cualitativamente, el debate fue notablemente vigoroso y a menudo de alta calidad, aunque lo mismo puede decirse de los debates generados durante la Reconstrucción y el *New Deal*. La Fundación tiene un aspecto mucho más débil, sin embargo, cuando nos centramos en aspectos cuantitativos. Si bien la inmensa mayoría de hombres blancos podían ser candidatos para ser elegidos como delegados a la convención[34], los índices de participación no fueron nada espectaculares. Solamente en tres estados la participación fue superior a la norma histórica; en tres de ellos fue inferior, y en el resto más o menos la misma[35]. Algunas elecciones se celebraron en lo más crudo

---

[34] Solamente en Connecticut y Rhode Island una combinación de requisitos relativos a la propiedad y al juramento limitaban la elegibilidad a un 60 por 100 de los hombres blancos. Para un repaso estado por estado, véase B. Ackerman y N. Katyal, «Our Unconventional Founding», *The University of Chicago Law Review*, vol. 62, pp. 563-564, nota 255.

[35] Nueva York, Georgia y Connecticut tuvieron probablemente un número superior de votantes en sus elecciones para la ratificación. En Nueva York fueron a votar más de 24.500 personas, el 43 por 100 del electorado, mientras que en las elecciones para su Asamblea, celebradas al mismo tiempo, solamente votó el 32 por 100 en los cinco condados de los que tenemos datos. Esto contrasta con unos porcentajes mucho más bajos en elecciones anteriores para cargos estatales. R. Dinkin, *Voting in Revolutionary America*, cit., p. 122.

Aunque en el caso de Georgia disponemos de pocos datos a escala estatal, sí tenemos cifras del condado de Chatham: el 59,8 por 100 de varones blancos adultos (401 personas) votaron para elegir delegados, frente al 36,3 por 100 (246 personas) que lo hizo en 1784, *ibid.*, p. 129. Connecticut tuvo unos porcentajes muy bajos en las votaciones para gobernador durante la década de 1780 (aproximadamente el 15 por 100 de varones adultos y el 25 por 100 de votantes cualificados), y la participación pudo haber sido superior en las elecciones para la ratificación, aunque no disponemos de muchos datos, *ibid.*, pp. 119-120.

En la mayoría de los demás estados, la participación permaneció constante. En Carolina del Sur, aproximadamente el 20 por 100 de los varones adultos libres votaron en las elecciones estatales y locales, *ibid.*, p. 128. Las únicas cifras disponibles en las elecciones para la ratificación son las de los distritos de St. Philip y St. Michael (Charleston), donde aproximadamente el 22 por 100 votó (y lo hizo por una abrumadora mayoría por los Federalistas), *ibid.*; F. McDonald, *We the People: The Economic Origins of the Constitution*, cit., p. 203.

En Carolina del Norte, la participación fluctuó entre el 30 y el 40 por 100 en las elecciones estatales, R. Dinkin, *Voting in Revolutionary America*, cit., p. 127. La única cifra de que disponemos de las elecciones para la ratificación es la del condado de Dobbs, y arroja el 40 por 100 de participación antes de que los Federalistas salieran corriendo con las urnas, *ibid.* En Rhode Island, la participación en la votación de 1788 para decidir la ratificación fue del 25 por 100, un porcentaje considerable dado el boicot Federalista, y comparable al 30 por 100 de participación en las anteriores elecciones de 1786, *ibid.*, pp. 111-112. En Massachusetts la participación fue del 27 por 100, igual que en otras elecciones, *ibid.*, pp. 117-118.

Maryland tuvo uno de los índices de participación más elevados de los Estados Unidos posrevolucionarios, *ibid.*, p. 115. Los datos sobre la convención para la ratificación son desiguales;

del invierno, una época del año poco apropiada para convocar una alta participación[36]. La participación fue también inferior a lo normal por el hecho de que las votaciones no se utilizaron para elegir también otros cargos. Esto significaba que los candidatos para otros puestos no tenían alicientes para llevar a sus seguidores a las urnas, donde también podrían haber emitido un voto para elegir a los delegados para la convención[37].

Aún peor, nunca sabremos con certeza si los Federalistas obtuvieron la mayoría de los votos, y mucho menos el tipo decisivo de mayoría que requiere la teoría de la democracia dualista[38]. Carecemos sencillamente de datos electorales fiables y los pocos que tenemos no bastan para respaldar conclusiones categóricas[39]. Por el contrario, los datos electorales proporcionan una base

---

un informe habla de una participación del 25 por 100, otro del 43 por 100 en Baltimore y del 49 por 100 en el condado de Montgomery, *ibid.*, p. 116.

En Virginia, los datos de siete condados muestran que la participación fue inferior en las elecciones para la ratificación (27 por 100 de varones blancos adultos) que en las elecciones estatales de 1788 a 1789, *ibid.*, p. 125. En Pensilvania, donde disponemos de más datos, alrededor del 25 por 100 votó en las elecciones anuales entre 1783 y 1788, pero solo el 17 por 100 lo hizo en las elecciones convocadas precipitadamente para nombrar delegados, *ibid.*, pp. 114-115; John McMaster y Frederick Stone (eds.), *Pennsylvania and the Federal Constitution, 1787-1788*, Filadelfia, Pennsylvania Historical Society, 1888, p. 72. La participación en New Hampshire pudo haber disminuido también, aunque no tenemos muchos datos, R. Dinkin, *Voting in Revolutionary America*, cit., pp. 108-110.

No disponemos de información suficiente en los casos de Delaware y Nueva Jersey para establecer una conclusión, *ibid.*, pp. 122-124.

[36] El mal tiempo parece haber afectado especialmente a la participación en Virginia y en New Hampshire. Robert E. Brown, *Charles Beard and the Constitution. A Critical Analysis of An Economic Interpretation of the Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 1956, p. 167.

[37] Georgia, Nueva York y New Hampshire eran excepciones a esta regla, R. Dinkin, *Voting in Revolutionary America*, cit., p. 129; F. McDonald, *We the People: The Economic Origins of the Constitution*, cit., p. 237.

[38] Véase B. Ackerman, *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., cap. 10.

[39] Los datos rigurosos son muy escasos. Sabemos que los Federalistas fueron abrumadoramente derrotados en Nueva York por 16.000 votos frente a 7.000, F. McDonald, *We the People: The Economic Origins of the Constitution*, cit., p. 286. Y sabemos que en Rhode Island el voto contrario a la Constitución fue de 2.708 a 237, *ibid.*, p. 322. A partir de aquí hemos de pasar a la cartomancia o a cualquier otra técnica adivinatoria. En Pensilvania, los Federalistas obtuvieron una amplia mayoría en los condados de Filadelfia, Northampton y Northumberland, *ibid.*, p. 165. En Maryland, el voto a favor de la ratificación parece haber sido de 2 a 1, aproximadamente, *ibid.*, p. 149. Y los Federalistas parecen haber arrasado en Nueva Jersey, R. Dinkin, *Voting in Revolutionary America*, cit., p. 18. También parecen haberse impuesto en Virginia. Véase M. Jensen (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, cit., vol. 3 (1978), *Ratification of the Constitution by the States Delaware, New Jersey, Georgia, Conneticut*, pp. 652-654.

La convención de Delaware votó unánimemente a favor de la Constitución, pero hubo acusaciones de fraude. R. Dinkin, *Voting in Revolutionary America*, cit., p. 17. No disponemos de datos rigurosos por lo que respecta a Georgia o a Connecticut, pero no nos cabe duda de que los Federalistas vencieron en ambos lugares. Véase F. McDonald, *We the People: The Economic Origins of the Constitution*, cit., pp. 130, 136-138.

Los Antifederalistas entraron en las convenciones estatales con fuertes mayorías en Carolina del Norte, New Hampshire, Nueva York y Massachusetts, pero (aparte de Nueva York), no sabemos qué correlación guarda esto con el voto popular. Parece haber motivos para sospechar

más firme a las afirmaciones de contar con un mandato popular hechas por los Republicanos de la Reconstrucción y especialmente por los Demócratas del *New Deal* en momentos decisivos posteriores.

Y no es que dos siglos de acontecimientos nos hayan dejado cerca de un sistema ideal de producción normativa de carácter superior. Si bien los logros de la Reconstrucción y el *New Deal* han compensado en parte los fallos de la Fundación, también han contribuido con nuevas flaquezas a las estructuras en evolución de la democracia dualista. Una cosa está clara: en vez de retroceder ante el alcance del distanciamiento que tomaron los Republicanos de la Reconstrucción y los Demócratas del *New Deal* respecto a los principios y procedimientos del Artículo Cinco, hemos de estar agradecidos a estos estadounidenses más cercanos a nosotros por continuar la lucha por la soberanía popular hasta un punto situado mucho más allá de donde la habían dejado los Federalistas.

Pero ¿es la ley?

En esta fase, los hiperformalistas tienen tendencia a replegarse en una defensa jurisprudencial de su postura. El Artículo Cinco, señalan con razón, forma parte del núcleo conceptual del sistema legal estadounidense. Considérese, por ejemplo, la relación del Artículo Cinco con las partes más famosas de la Constitución, como la Primera Enmienda, que protege la libertad de expresión, de reunión y de religión. Si bien estas garantías definen la sustancia de la libertad estadounidense, deben su estatus *legal* al Artículo Cinco: no podríamos identificar la Primera Enmienda como legalmente vinculante si no hubiese sido propuesta y ratificada de conformidad con el Artículo Cinco. Más en general, el Artículo Cinco constituye una herramienta conceptual fundamental para distinguir la ley de la política. Solo con la ayuda de tales «reglas de reconocimiento» pueden los juristas y los ciudadanos distinguir entre las disputas judiciales sobre «la ley tal como es», de las luchas políticas sobre «la ley tal como puede llegar a ser». Por supuesto, los hipertextualistas no esperan que su versión normativa del Artículo 5 resuelva por arte de magia todas las disputas sobre el significado

---

que una mala distribución de los escaños en Carolina del Sur privó a los Antifederalistas de los frutos de una victoria electoral a escala estatal. Véase Charles Roll, «We, Some of the People: Apportionment in the Thirteen State Conventions Ratifying the Constitution», *The Journal American History,* vol. 56, 1969, pp. 30-32.

En general, es imposible decir cómo cuadra todo esto desde un punto de vista matemático. Este punto es algo confuso debido a los «cómputos de votos» que hacen algunos académicos y que suponen que la proporción de delegados en cada convención concuerda con el porcentaje del voto popular. Véase, por ejemplo, Evelyn Fink y William Riker, «The Strategy of Ratification», en B. Grofman y D. Wittman, (eds.), *The Federalist Papers and the New Institutionalism*, cit., pp. 220, 230.

de la ley estadounidense. Incluso después de reconocer el carácter legal vinculante de la Primera Enmienda, los jueces todavía tienen que interpretar el significado de frases de dificultad bien conocida como «el establecimiento de la religión». Pero estas dificultades interpretativas no deben ocultarnos el papel jugado por el Artículo Cinco centrando la visión legal. Por ejemplo, conozco gente que piensa que, pese a la Primera Enmienda, Estados Unidos debería crear un establecimiento religioso. Pero ni siquiera ellos suponen que la Constitución *ya* autoriza el establecimiento de una Iglesia de Estados Unidos comparable a la Iglesia de Inglaterra. Un partidario que hiciera esta afirmación solo pondría de manifiesto lo profundamente que habría confundido sus propios ideales personales con los principios establecidos por el imperio de la ley. Pero es solo el Artículo Cinco el que nos permite explicar a los aspirantes a la creación de esa iglesia por qué se equivocan ignorando la Primera Enmienda.

¿Positivismo humanista?

Al elaborar este punto, mi interlocutor hipertextualista se basa en una escuela jurisprudencial que ha sido más o menos hegemónica a lo largo del siglo XX: el positivismo legal. Según su interpretación, mi rechazo de la exclusividad del Artículo Cinco amenaza con disolver la idea misma de una «*regla* de reconocimiento», y con ella la posibilidad misma del imperio de la ley.

Hay dos formas de resolver esta inquietud. La primera es atacar frontalmente al positivismo; la segunda, reinterpretarlo. Aunque poner por los suelos al positivismo ha sido un pasatiempo popular durante el último cuarto de siglo[40], no puedo subirme a este tren en particular sin quitar sentido a mi afirmación central: que en Estados Unidos gobierna el Pueblo, y que los jueces y otros funcionarios tienen la *obligación* de seguir al Pueblo cuando, después de un debate público adecuado y de la decisión correspondiente, una mayoría movilizada dicta nuevos principios para guiar al sistema de gobierno. Si esta promesa dualista no es mera propaganda, los positivistas tienen derecho a insistir en las «reglas de reconocimiento». ¿De qué otro modo puede un juez determinar cuándo el Pueblo ha hablado? Si no puedo explicar cómo puede, en principio, un juez (u otro ciudadano respetuoso con la ley) distinguir la norma superior de sus convicciones morales privadas, la democracia dualista está en esencia vacía.

---

[40] La idea de ley descrita en el texto tiene sus raíces en la tradición positivista dominante en la jurisprudencia anglo-estadounidense, cuya exposición clásica sigue siendo el libro de H. L. A. Hart *Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961. Entre sus principales defensores en la generación actual destacan Jules Coleman, Joseph Raz y Fred Schauer. Ronald Dworkin se puso en cabeza como crítico, pero la lista es actualmente interminable.

Acepto el reto, con la condición de que no nos conformemos con una caricatura. Si mis amigos positivistas exigen una «regla de reconocimiento» que permita una aplicación mecánica, no seré capaz de complacerles. Pero esto debería desconcertar solamente a aquellas personas –si es que existen– que siguen totalmente atrapadas en las metáforas mecánicas. Aunque las reglas tienen un lugar en la ley, ¿alguien cree realmente que agotan la categoría de juicio legal? En todo caso, quien no lo cree es H. L. A. Hart, que introdujo la noción de una «regla de reconocimiento» en su clásico *The Concept of Law*[41]. Como los seres humanos no son máquinas, no se quedarán satisfechos con unas reglas rígidas en su búsqueda de un juicio fundado. También idearán criterios basados en la elaboración de principios abstractos y examinarán las implicaciones de los grandes precedentes históricos. Estas reflexiones resisten la reducción algorítmica a unas reglas definitivas, pero un positivismo humanista no ha de purgar estos elementos de una consideración sobre los «criterios básicos de reconocimiento» del sistema legal. El desafío para juristas y ciudadanos es volverse conscientes del uso de estos elementos humanistas de juicio legal que eluden una formulación normativa.

Un rompecabezas

Para comenzar este proceso, me centraré en un rompecabezas conceptual que probablemente generará una gran resistencia entre los juristas, aunque es una de estas resistencias que se disuelven con un poco de reflexión. Esta objeción-límite se centra en mi énfasis en los aspectos legales problemáticos de la Fundación y en los ejercicios subsiguientes de producción normativa de carácter superior: «Si la producción normativa no convencional comporta actividades ilegales, ¿cómo puede ser objeto de análisis *legal*? ¿No es una contradicción en los términos hablar de análisis legal de la ilegalidad?»

En absoluto. Los juristas lo hacen constantemente. Un buen ejemplo es el relativo al derecho de propiedad. La doctrina de la usucapión, o prescripción adquisitiva, permite a un ocupante reconocidamente ilegal de unas tierras obtener la titularidad pese a los intentos del propietario legal de recuperar la posesión de las mismas. Para tener derecho a este extraordinario privilegio, el poseedor adverso no puede deslizarse subrepticiamente en unas tierras en mitad de la noche y declarar ser el propietario legal de las mismas al romper el alba. La ley impone una serie de condiciones rigurosas, algunas de las cuales tienen una gran semejanza con las elaboradas en nuestro estudio del precedente de la Fundación[42]. Por ejemplo, la ley sobre la propiedad

---

[41] Véase Neil MacCormick, *H. L. A. Hart*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1981, caps. 2, 9.

[42] La fórmula tradicional requiere que la posesión sea (1) real, (2) abierta y notoria, (3) exclusiva, (4) continua y (5) hostil bajo una pretensión de derecho: R. H. Helmholz, «Adverse Possession

requiere que un poseedor adverso reivindique su derecho a la propiedad ante el público en general y que induzca a otros a aceptar en la práctica sus reivindicaciones. Esto vale también para la legislación no convencional: sin la aceptación popular, la reclamación de una «convención» a la autoridad constitucional no puede basarse en el precedente de la Fundación.

Asimismo, la ley no permite al poseedor adverso desbancar al auténtico propietario a menos que haya mantenido con éxito su dominio durante muchos años. Y lo mismo en el caso de la ley constitucional. La soberanía popular no puede ganarse en un momento único. Del mismo modo que durante la Fundación, un movimiento reformista ascendente tiene que implicarse en un proceso prolongado en el tiempo, en el que está obligado a defender una y otra vez su reivindicación de hablar en nombre del Pueblo en una serie creciente de contiendas institucionales en busca de apoyo popular.

Otro paralelismo: la mayoría de tribunales estadounidenses protegen solamente a aquellos poseedores que han afirmado públicamente tener un derecho *legal* a ocupar una propiedad. Naturalmente, esta «pretensión de derecho», como se conoce, no puede sostenerse ante un tribunal; de lo contrario, el demandante no tendría necesidad de la doctrina de la posesión adversa para proteger sus intereses. De todos modos, los tribunales exigen una cierta demostración de respeto a la ley, por defectuosa que pueda ser una vez examinada.

Una pauta análoga es la que emerge de nuestras monografías constitucionales. No es como si los Federalistas hubiesen entrado subrepticiamente en el hemiciclo en Filadelfia como vulgares ladrones. Prepararon el camino para su posesión obteniendo autorizaciones legalistas de sus asambleas legislativas estatales, y continuaron reforzando sus llamamientos al Pueblo con apoyos legalistas de las instituciones preexistentes. Estos apoyos eran claramente insuficientes, pero *existían*, y dieron a la campaña federalista una calidad específica. Del mismo modo que la «pretensión de derecho» del poseedor adverso le distingue de un vulgar ladrón, el «tren» no convencional de los Federalistas les distinguía a ellos de unos descarados usurpadores desdeñosos de toda forma preexistente de autoridad legal.

También hay cosas que no se pueden comparar. La más importante se refiere a las diferentes formas de aceptación por parte de la comunidad, un aspecto central en ambos casos. La posesión adversa se fundamenta en la

and Subjective Interest», *Washington University Law Quarterly*, vol. 61, 1983, pp. 331, 334. Helmholz sostiene que los tribunales modernos han añadido implícitamente otro requisito de buena fe subjetiva, insistiendo en que el solicitante desconozca la existencia de un título superior. De ser así, ello representa una variación de la interpretación tradicional que sirve de base a la discusión en el texto.

exaltación que hace el derecho común de la costumbre como una forma privilegiada de reconocimiento de la comunidad. Puede que se necesiten veinte años o más de práctica diaria ininterrumpida antes de que los tribunales permitan al poseedor adverso hacer efectiva su reivindicación legal. En cambio a los Federalistas les bastaron cuatro años para obtener un reconocimiento, en algunos casos a regañadientes, de que el Pueblo había hablado en apoyo de su nueva Constitución. El derecho de propiedad requiere que el reclamante establezca que el uso que ha hecho de la propiedad reclamada no ha sido impugnado por otros; pero el precedente de la Fundación sugiere que un acto de soberanía popular se caracteriza por una escalada de contiendas populares en las que la legitimidad la establecen unos actos movilizados de consentimiento, no unos actos pasivos de aquiescencia.

Estas analogías y disanalogías justifican una exploración más a fondo. Pero ya he dicho bastantes cosas para defender mi punto de vista. En vez de pedir a los juristas que se impliquen en un análisis de la ilegalidad absurdamente paradójico, les pido que utilicen la misma sofisticación de la que han hecho gala durante siglos los juristas de la propiedad. Conceptualmente, esto implica el uso de múltiples marcos temporales en el análisis legal. Como nos enseña la doctrina de la posesión adversa, aunque un actor infrinja determinadas normas legales establecidas en el Momento Uno, su conducta puede tener un aspecto muy diferente una vez situada en el contexto de una pauta temporal más larga que incluye el Momento Dos. Si los expertos en derecho de propiedad pueden entrar en esta forma dinámica de análisis multimarco, ¿por qué no pueden hacer lo mismo los expertos en derecho constitucional?

Quizá resulte innecesario entrar en este estilo legal más complejo durante períodos de política ordinaria, cuando todos los protagonistas principales están deseando intervenir respetando más o menos las mismas reglas. Pero el derecho constitucional también está pensado para las grandes crisis de la república, cuando la autoridad y el significado de las viejas reglas se vuelven profundamente problemáticos, y el pueblo estadounidense es llamado una vez más a impartir nuevas órdenes de marcha a sus representantes. En esos momentos, el análisis dinámico multimarco se vuelve imperativo. Sin él, nunca llegaremos a comprender del todo las interacciones características entre las instituciones establecidas y los reformadores revolucionarios que permitieron al pueblo estadounidense afrontar los temas candentes de los siglos XIX y XX, y luego, tras muchos debates amargos, aunque democráticos, cambiar el rumbo de su gobierno.

SEGUNDA PARTE
RECONSTRUCCIÓN

IV
DILEMAS FORMALISTAS

La cuestión no formulada

La Fundación y la Reconstrucción: dos acontecimientos determinantes, pero ¿cuál es su relación legal mutua?

Esta es la gran cuestión no formulada del derecho constitucional. La opinión ortodoxa propone, pero no analiza, una respuesta textualista. Los juristas modernos dan por supuesto que cada enmienda de la Reconstrucción fue procesada en estricta conformidad con el Artículo Cinco, porque fueron propuestas por las dos terceras partes del Congreso y ratificadas por las tres cuartas partes de las asambleas legislativas estatales.

Esta fácil respuesta sería satisfactoria si los hechos fueran sencillos. Pero, como mostraré, suscitan cuestiones de una dificultad vertiginosa, en cuyo caso el propio carácter evasivo moderno requiere una explicación. ¿Por qué los abogados estadounidenses –conocidos en todo el mundo por su carácter beligerante– callan de pronto al confrontarse con los fundamentos mismos del acontecimiento constitucional más importante desde la Fundación?

Si logro mi objetivo, este curioso silencio parecerá un acto de desesperación. Supongamos que resulta que la Decimotercera y la Decimocuarta Enmiendas no fueron propuestas y ratificadas de un modo consistente con los principios del Artículo Cinco. Si los hipertextualistas fueran obligados a confrontar esta verdad, se verían ante una elección demoledora: ¿Están realmente preparados para afirmar que las Enmiendas de la Emancipación y la Igualdad no son parte de la Constitución? Si este es el resultado de un «buen análisis textual», no tiene nada de extraño que los hipertextualistas hagan la vista gorda. Sin duda, la bendita ignorancia es mejor que la proclamación de una verdad tan horrible.

Pero siempre se paga un precio por los actos de represión. Encomendando acontecimientos importantes al inconsciente colectivo, la comunidad legal se prohíbe a sí misma asumir verdades más profundas sobre la cambiante

identidad constitucional de Estados Unidos. Esto sería aceptable si el oscurantismo fuese la única manera de sostener la validez de las enmiendas de la Reconstrucción. Al fin y al cabo, estamos hablando acerca de las mayores declaraciones de principios morales jamás realizadas en nombre del pueblo estadounidense. Pero esta negociación entre moralidad política y oscurantismo legal vale la pena llevarla a cabo solo como último recurso. Antes de que la siguiente generación construya su ley constitucional sobre una mentira piadosa, debe convencerse a sí misma de que la mentira es necesaria.

Este capítulo enumera una serie de dilemas legales que han de resolverse si la ortodoxia actual ha de ser reivindicada, pero los restantes capítulos de esta Segunda Parte no tratan de «resolver» estos dilemas. Más bien buscan disolverlos creando una relación diferente entre la Fundación y la Reconstrucción. Los dilemas surgen al suponer que los Republicanos solo podían permanecer fieles a la Fundación cumpliendo el Artículo Cinco a la perfección. Una vez nos desprendemos de este error, podemos abrir una segunda vía que conecte la década de 1860 con la de 1780. Aunque los Republicanos se tomaron a la ligera el texto de los Federalistas, ¿permanecieron en todo caso fieles al precedente establecido por la práctica de la Fundación? Durante ambos periodos, los portavoces del Pueblo siguieron una tercera vía entre la regularidad textual y la revolución total, adaptando de forma no convencional las viejas instituciones a nuevos propósitos, hasta que los portavoces de la reforma revolucionaria se hubieron ganado la autoridad constitucional para hablar en nombre del Pueblo. Siguiendo a los Republicanos paso a paso por este camino de adaptación democrática, captaremos la dinámica constitucional más profunda que generan los dilemas formalistas que introduce este capítulo.

Diciembre de 1865

Empiezo el drama *in media res*. El mes es diciembre de 1865. Lee se había rendido la primavera anterior. Seis días más tarde, Lincoln es asesinado. Antes de morir había empezado a reconstruir la autoridad civil en cuatro estados[1]. Tras el colapso de la Confederación, Andrew Johnson ordena a sus generales victoriosos que convoquen nuevas «convenciones» del Pueblo en cada uno de los otros estados del Sur. Estas convenciones se reúnen en verano para rechazar las ordenanzas de secesión de sus estados y para

[1] Áreas controladas por la Unión de Arkansas, Luisiana y Tennesse habían sido reconstruidas bajo el plan del «10 por 100» de Lincoln durante la guerra. Eric McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, Chicago, Chicago University Press, 1960, p. 122. Lincoln también había reconocido al gobierno títere del gobernador Pierpoint en Alexandria, Virginia, pero básicamente para permitir la creación de Virginia Occidental. Véase James Randall, *Constitutional Problems under Lincoln*, Urbana, University of Illinois Press, 1951, capítulo 8.

revisar sus constituciones prebélicas a fin de abolir la esclavitud. Son rápidamente seguidas por las asambleas legislativas estatales recién elegidas. Cada vez más, el Sur adquiere la apariencia de un gobierno normal bajo la Constitución de Estados Unidos.

Luego llega diciembre de 1865 y dos hechos fatídicos, uno de los cuales implica a la Decimotercera Enmienda y el otro a la Decimocuarta.

Algunas preguntas sobre la Decimotercera Enmienda

El 18 de diciembre de 1865, el secretario de Estado William Seward proclama la Decimotercera Enmienda ratificada por las tres cuartas partes de los estados. Su proclamación incluye a ocho estados de la antigua Confederación entre los veintisiete que dan su conformidad[2]. Tal como Seward ve la situación, los ocho estados son necesarios para la ratificación de acuerdo con el Artículo Cinco. Su proclamación afirma explícitamente que en la Unión hay treinta y seis estados, de ahí que veintisiete sea el mínimo absoluto exigido por la regla de los tres cuartos del Artículo Cinco.

En este momento, no estoy interesado en el cálculo constitucional de Seward, sino en una cuestión límite: ¿puede el hiperformalista evitar los análisis minuciosos basando su argumentación en la proclamación del secretario de Estado? Después de todo, me parece oírle decir, nadie niega que Seward tenía veintisiete ratificaciones, ni que las tres cuartas partes de treinta y seis *es* veintisiete. ¿Dónde está el problema, entonces? ¿Por qué no proporciona la proclamación una respuesta fácil a la cuestión de la validez?

Pasemos ahora al segundo acontecimiento crítico de diciembre de 1865. Este tiene lugar dos semanas antes. El 4 de diciembre, el 39º Congreso se reúne por primera vez, e inmediatamente aborda la cuestión del estatus constitucional de los gobiernos del Sur, cuyos senadores y representantes piden la admisión. En unas escenas memorables (que describiremos más tarde), esta petición fue rechazada por la mayoría republicana, que durante sus dos años de mandato solo tuvo un escaño ocupado por un estado del Sur, Tennessee. De hecho, al concluir sus deliberaciones, el 39º Congreso

---

[2] Véase 13 *Stat.*, 1865, pp. 774-775. Los ocho estados son Virginia (9 de febrero de 1865); Luisiana (17 de febrero de 1865); Tennessee (7 de abril de 1865); Arkansas (14 de abril de 1865); Carolina del Sur (13 de noviembre de 1865), dejando que Alabama, Carolina del Norte y Georgia hagan valer la enmienda sobre la barrera de las «tres cuartas partes» entre el 2 y el 6 de diciembre de 1865. La aprobación de Virginia Occidental también fue contada, lo que genera otra serie de problemas que merecen un ensayo aparte. Véase J. Randall, *Constitutional Problems under Lincoln*, cit. Después de que Seward proclamase ratificada la Decimotercera Enmienda, siete estados más la ratificaron también: California (19 de diciembre de 1865); Florida (28 de diciembre de 1865); Iowa (15 de enero de 1866); Nueva Jersey (23 de enero de 1866); Texas (18 de febrero de 1870); Delaware (12 de febrero de 1901); y Kentucky (18 de marzo de 1976). Su proclamación solo contaba los estados que habían firmado la ratificación antes del 6 de diciembre.

había declarado públicamente que «no existía ningún gobierno estatal legal» en los otros diez estados del Sur[3].

Todo esto plantea un problema evidente con la proclamación del secretario de Estado Seward. Si Seward hubiese acatado la decisión del Congreso del 4 de diciembre, habría tachado a los ocho estados del Sur de su lista, dejando solo diecinueve de las veintisiete «asambleas legislativas» estatales que él creía que se requerían para darle validez constitucional[4]. ¿Qué es, pues, lo que le daba autoridad para ignorar el juicio negativo del Congreso del 4 de diciembre? Dejando la proclamación a un lado, ¿cómo podría un hipertextualista defender la legalidad de la Decimotercera Enmienda?

Estas cuestiones eran de primera importancia en su momento. Considérese, por ejemplo, el veto de Andrew Johnson a la ley del Congreso en la que se declaraba que «no existía ningún gobierno estatal legal» en el Sur:

> El proyecto de ley también niega la legalidad de los gobiernos de diez de los estados que participaron en la ratificación de la enmienda a la Constitución Federal aboliendo para siempre la esclavitud […]. Si esta premisa del proyecto es correcta, su concurrencia no puede considerarse como legalmente dada, y el hecho importante que se pone de manifiesto es que no se ha obtenido constitucionalmente la aprobación de las tres cuartas partes de los estados –el número requerido– para la ratificación de dicha enmienda, dejando así la cuestión de la esclavitud allí donde estaba antes de que la enmienda fuese oficialmente declarada parte de la Constitución[5].

No deja de ser extraño basarse en la proclamación de Seward cuando se tiene constancia de que el jefe del secretario de Estado la ha cuestionado.

Algunas preguntas sobre la Decimocuarta Enmienda

El 4 de diciembre también ensombrece la Decimocuarta Enmienda. El encanto del textualismo está en su promesa de una solución mecánica al problema de la validez legal. Simplemente leyendo un par de páginas del *Congressional Globe* de junio de 1866, el textualista confía en poder

---

[3] *Reconstruction Act*, cap. 153, 14 *Stat*., 1867, pp. 428-429.

[4] Seward solo contabilizó los diecinueve estados del Norte que habían ratificado la enmienda antes del 6 de diciembre, el día en que redactó su proclamación. El día de publicación de la proclamación el 18 de diciembre Oregón ya la había ratificado y California daba su aprobación un día más tarde. Esto significa que en el momento de su publicación habían ratificado la proclamación veintiún estados del Norte.

[5] Veto de la *First Reconstruction Act* [Primera Ley de la Reconstrucción], James Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, 10 vols., Washington DC, Government Printing Office, 1896-1902, vol. 6, p. 508. Véase un análisis similar en su veto de la *Third Reconstruction Act*, *ibid*., p. 540.

establecer que la enmienda tenía el respaldo de la mayoría de dos tercios requerida por el Artículo Cinco.

Desgraciadamente, la purga del 4 de diciembre hace que esta solución simple pase a ser problemática. Antes de hojear las páginas del *Globe*, el textualista tiene que autoconvencerse de que el grupo de norteños reunidos en el Capitolio en junio de 1866 podía invocar correctamente los poderes que el Artículo Cinco otorgaba al «Congreso». Cualquier estudioso del período admite que, de no ser por la purga de los senadores y congresistas del Sur, la reunión del «Congreso» de junio *nunca* hubiese logrado formar las mayorías de dos tercios requeridas para proponer la Decimocuarta Enmienda[6]. ¿Por qué, entonces, supone el formalista que las condiciones del Artículo Cinco podían cumplirse haciendo un recuento de aquellos norteños que fueron capaces de sobrevivir al calor que hacía en Washington el verano de 1866?

Dilema número uno

Podemos ahora juntar estas dos preguntas para definir un dilema: si bien el hipertextualista puede confiar en racionalizar *o bien* la ratificación de la Decimotercera Enmienda *o bien* la propuesta de la Decimocuarta, difícilmente puede reivindicar ambas. Para ver por qué, considérense las dos respuestas más prometedoras a las preguntas que hemos formulado.

Empecemos con la «ratificación» de la Decimotercera Enmienda. En este caso, el textualista previsiblemente argumentará que, pese a la decisión tomada por el Congreso el 4 de diciembre, Seward tenía razón al contar a los estados del Sur entre las «asambleas legislativas» que estaban autorizadas por el Artículo Cinco a ratificar enmiendas. Pero si este argumento se considera irrebatible, ¿dónde queda la Decimocuarta Enmienda? Si las *asambleas estatales* que ratifican la Decimotercera Enmienda eran «asambleas legislativas» a efectos del Artículo Cinco, ¿cómo podía la *asamblea federal* que excluía a dichos estados contar como un «Congreso» cuando proponía la Decimocuarta Enmienda? El día 7 de diciembre de 1865, el *New York World,* el principal periódico de los Demócratas, presentaba el tema del siguiente modo: «Siendo la ratificación de una enmienda constitucional el acto más importante que puede realizar un estado en sus relaciones federales, la competencia para realizar este acto implica la competencia para realizar todos los demás. No puede haber cosa más absurda que sostener que un estado puede firmar una ratificación de forma válida

[6] «Era obvio entonces, y es evidente ahora, que ninguna enmienda sobre los derechos civiles podría haber recibido el voto requerido de los dos tercios de ambas cámaras con el Sur plenamente representado», LaWanda Cox y John Cox, *Politics, Principle, and Prejudice, 1865-1866*, Nueva York, Free Press of Glencoe, 1963, p. 203.

y al mismo tiempo negarle cualquiera de los derechos o funciones que corresponden a un estado de pleno derecho»[7].

Se plantea el problema inverso a este cuando nuestro amigo formalista se centra en la Decimocuarta Enmienda y nos convence de que el *caucus* Republicano *tenía* la autoridad constitucional para excluir a representantes del Sur. ¿Cómo podían, pues, las asambleas legislativas del Sur participar de forma válida en la ratificación de la Decimotercera Enmienda?

No digo que estos rompecabezas sean imposibles de resolver; solo digo que se requiere una cierta habilidad para esquivarlos. El reto judicial consiste en ser capaz de elaborar un Argumento X que justifique la exclusión por parte de los Republicanos de senadores y congresistas del Sur *sin impugnar el estatus de los gobiernos de los que procedían*. Si el hipertextualista es capaz de ejecutar esta maniobra con éxito, conseguirá salirse con la suya. Gracias a X, el Congreso estaría en su derecho a proceder sin los sureños y a proponer la Decimocuarta Enmienda. Pero dado que X no desacredita a los gobiernos del Sur, el textualista podría explicar por qué permanecían constitucionalmente autorizados para ratificar la Decimotercera Enmienda.

Del dicho al hecho hay mucho trecho: ¿Existe un X que pueda servir?

¿La paradoja perdida?

Quizá la respuesta puede encontrarse en la Sección Quinta del Artículo Uno:

> Cada Cámara será el Juez de las Elecciones y de los Requisitos y Cualificaciones de sus propios miembros, y una mayoría de cada una de ellas constituirá un quórum para proceder a su actividad.

Este texto contempla explícitamente que el Congreso conserva su legitimidad aunque excluya a algunos de sus miembros. Además, los Republicanos *eran* mayoría en ambas cámaras. ¿Por qué, pues, no puede la Sección Quinta justificar la exclusión sin que ello pueda considerarse un menosprecio de los gobiernos del Sur?

El problema se presenta solo cuando consideramos cómo ejercía el «Congreso» sus poderes de exclusión. En ningún momento preguntó por los títulos o méritos de determinados senadores o congresistas del Sur, para excluir, por ejemplo, a los que hubiesen sido desleales con la Unión durante la reciente guerra. En vez de rechazar a determinados hombres en

[7] El editorial del periódico llevaba por título «Congress versus the President».

particular, el Congreso excluyó a *todos* los representantes de los estados del Sur, fuesen cuales fuesen sus títulos o méritos[8].

En este punto, la Cláusula de los Cualificaciones ha de delimitarse con otras consideraciones textuales. El Artículo Uno afirma que «cada Estado tendrá al menos un representante», y el Artículo Cinco estipula que «ningún Estado, sin su consentimiento, será privado de su sufragio igual en el Senado». Indudablemente, el Congreso no puede utilizar su capacidad de descalificar a unos representantes particulares para rechazar la reivindicación de un estado de tener representación. Si existe una justificación textual para la proscripción del Sur, no es la Cláusula de las Cualificaciones.

La paradoja recuperada

La justificación de los Republicanos, si es que existe, se encuentra en el Artículo Cuatro:

> Sección 4. Los Estados Unidos garantizarán a todos los estados de esta Unión una forma de gobierno republicana.

Supongamos que tras hacerse con el poder en el estado, el rey de Nueva York envía a dos duques a servir en el Senado de Estados Unidos. Sin duda el Congreso estaría autorizado por la Cláusula de Garantías a rechazar a los delegados del rey en el Senado. Si bien la Constitución garantiza representación a cada *estado*, no permite a todos y cualesquiera *gobiernos* estatales, por poco republicanos que sean, que introduzcan a sus representantes en las salas del Congreso.

Hasta aquí, incontestable. Pero es más difícil aplicar esta línea de pensamiento al problema presente. De manera nada sorprendente, ambas partes sacaron vigorosamente a colación la Cláusula de Garantías. Además de evaluar los argumentos rivales, hemos de considerar si alguno de ellos adopta la forma X requerida para resolver el dilema.

¿Exceptuando la Decimotercera?

Las constituciones del Sur de 1865 eran muy parecidas a los documentos de antes de la guerra, excepto por las nuevas disposiciones que declaraban ilegal la esclavitud. De acuerdo con la interpretación

---

[8] Esta postura fue explícitamente afirmada y defendida en el Informe de la Mayoría del Comité Conjunto sobre la Reconstrucción. Edward McPherson (ed.), *The Political History of the United States of America during the Period of Reconstruction*, Washington DC, James J. Chapman, 1880, 3ª ed., pp. 86-88.

tradicional de la Cláusula de Garantías, esto era más que suficiente para cumplir con los requisitos constitucionales. Como explica Madison en *The Federalist*:

> La autoridad se limita exclusivamente a *garantizar* una forma republicana de gobierno, lo que supone un gobierno preexistente de la forma que se ha de garantizar. En la medida, por consiguiente, en que los estados continúen con las formas republicanas existentes, están garantizados por la Constitución federal. Si los estados eligen sustituir sus gobiernos por otras formas republicanas tienen derecho a hacerlo y a reclamar la garantía federal para estas. La única restricción que se les impone es que no cambien sus Constituciones republicanas por una Constitución antirrepublicana[9].

El punto de vista de Madison se repite en muchos comentarios destacados[10], y el Congreso ha rechazado sistemáticamente los intentos abolicionistas de invocar la Cláusula de Garantías como un impedimento a la admisión de nuevos estados esclavistas[11]. Teniendo en cuenta estos hechos, ¿no era extraño sugerir que el Sur se había vuelto no republicano liberando a los esclavos? Si las antiguas constituciones podían considerarse republicanas, ¿acaso no podía decirse lo mismo de las nuevas?

Este es un argumento muy poderoso, siempre que uno acepte su premisa tradicional. Desgraciadamente, no tiene forma de Argumento X: si bien respalda la proclamación de Seward sobre la Decimotercera Enmienda, niega la autoridad del Congreso para seguir adelante con la Decimocuarta. Este denominado Congreso era en realidad un Remanente Republicano al que no le incumbía en absoluto la norma superior de la nación. Durante todo este período los tradicionalistas, encabezados por el presidente Johnson, plantearon repetida y enérgicamente esta objeción.

¿Exceptuando la Decimocuarta?

Pero, naturalmente, no había nada que pudiese impedir que los Republicanos intentasen una reinterpretación revolucionaria de la Cláusula

---

[9] *The Federalist*, núm. 43, p. 275, en Clinton Rossiter (ed.), *The Federalist Papers: Alexander Hamilton, James Madison, John Jay*, Nueva York, Penguin Putnam, 1961.

[10] Véase, por ejemplo, Joseph Story, *Commentaries on the Constitution*, 3 vols., Boston, Hilliard, Gray & Co. y Cambridge (MA), Brown, Shattuck & Co., 1833, vol. 3, pp. 679-685; George Curtis, *History of the Origin, Formation, and Adoption of the Constitution of the United States*, 2 vols., Nueva York, Harper & Brothers, 1854-1858, vol. 2, p. 82; William Duer, *A Course of Lectures on the Constitutional Jurisprudence of the United States*, Boston, Little, Brown & Co., 1856, 2ª ed., pp. 340-342; William Rawle, *A View of the Constitution of the United States of America*, Philadelphia, Philip H. Nicklin, 1829, 2ª ed., p. 296.

[11] Charles O. Lerche Jr., «The Guarantee of a Republican Form of Government and the Admision of New States», *The Journal of Politics*, vol. 11, núm. 3, 1949, pp. 579-589; William Weicek, *The Guarantee Clause of the U.S. Constitution*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1972, pp. 140-165.

de Garantías, que fuera más allá del abolicionismo de preguerra al insistir en que el gobierno «republicano» requería no meramente que los negros fuesen libres, sino que se les reconociese el derecho a votar[12]. Liderados por Charles Sumner[13], algunos congresistas radicales dieron este paso. Si bien los grandes discursos de Sumner sirvieron de punto de concentración de la opinión radical en el país, la mayoría de los Republicanos estaba preocupada por la implicación de que el gobierno federal tuviese un papel permanente en la estructuración de los gobiernos estatales[14].

Incluso Sumner consideraba imprudente insistir en una de las implicaciones más obvias de su posición: si el gobierno republicano exigía el sufragio para los negros ¿por qué no lo pedía también para las mujeres?[15]. Durante los debates, los conservadores utilizaron repetidamente el tema de las mujeres para desacreditar la interpretación radical de la Cláusula de Garantías, obligando al formidable Thaddeus Stevens a utilizar toda clase de evasivas mientras se debatía con la implicación[16].

---

[12] Había unos cuantos abolicionistas activos antes de la guerra que llegaron hasta el punto de insistir en la concesión del derecho a voto a los negros. W. Weicek, *The Guarantee Clause of the U.S. Constitution*, cit., p. 159. Pero esta medida era considerada como una postura marginal incluso entre los círculos radicales. James McPherson, *Ordeal by Fire: The Civil War and Reconstruction*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 1982, pp. 403-404.

[13] Sumner no insistía en el sufragio negro antes de la guerra y solo adoptó esta posición en 1864. David Donald, *Charles Sumner and the Rights of Man*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 1970, pp. 199-200. W. Weicek, *The Guarantee Clause of the U.S. Constitution*, cit., pp. 187-188.

[14] Michael Benedict, «Preserving the Constitution: The Conservative Basis of Radical Reconstruction», *Journal of American History*, vol. 61, 1974, pp. 75-76.

[15] «Charles Sumner dijo, años más tarde, que había escrito más de diecinueve folios para deshacerse de la palabra "varón" y sin embargo mantener intacto "sufragio negro" como medida de partido; pero no fue posible». Ellen DuBois, *Feminism and Suffrage: The Emergence of an Independent Women's Movement in America, 1848-1869*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1978, p. 60. Cita extraída de Elizabeth Cady Stanton *et al.* (eds.), *History of Women's Suffrage*, 6 vols., Rochester y Nueva York, Flower and Wells, 1881-1922, vol. 2, p. 97. Al presentar una petición a favor del sufragio femenino al Senado, Sumner se tomó «la libertad de decir que no creía que fuese el momento adecuado para considerar dicha cuestión», *Congressional Globe*, 39º Congress, 1st Sess., 1866, p. 829.

[16] Veamos un típico intercambio entre Stevens y el demócrata James Brooks sobre una versión previa de la Decimocuarta Enmienda:

> BROOKS: Solo digo que en el momento adecuado propondré enmendar […] la enmienda propuesta introduciendo las palabras «o sexo» después de la palabra «color», para que diga: «*Siempre* que se niegue el sufragio electivo en cualquier estado por motivos de raza, color o sexo, todas las personas de dicha raza, color o sexo serán excluidas de la base de representación».
> STEVENS: ¿Está el caballero de Nueva York [Mr. Brooks] a favor de esta enmienda?
> BROOKS: Lo estoy si se permite votar a los negros.
> STEVENS: Esto no responde a mi pregunta. ¿Está el caballero a favor de la enmienda a la que ha hecho referencia?
> BROOKS: He dicho que haría una propuesta en el momento oportuno.
> STEVENS: ¿Está el caballero a favor de su propia enmienda?
> BROOKS: Estoy a favor de mi propio color con preferencia a cualquier otro color, y prefiero a una mujer blanca de mi país que a un negro [Aplausos en el hemiciclo y en las tribunas pronto acallados por el presidente], *Congressional Globe*, 39º Congress, 1st Sess.,1866, pp. 379-380.

Pero el sufragio femenino no era ni de lejos el único obstáculo que se oponía a una interpretación basada en los principios de la Cláusula de Garantías. Los congresistas republicanos incluso tuvieron dificultades para elaborar una aproximación coherente al sufragio negro. Eran plenamente conscientes de que en 1865 solamente seis estados norteños habían concedido el derecho a votar a los negros[17]. Durante la Crisis de la Exclusión, siete de nueve estados del Norte derrotaron propuestas a favor del sufragio negro en referéndums populares[18]. En estas circunstancias era difícil que muchos Republicanos estuviesen de acuerdo con Sumner en que el sufragio negro era una exigencia incondicional de la Cláusula. Lo mejor que podían hacer era distinguir sus racistas constituciones norteñas en función de criterios cuantitativos: al privar a una tercera parte o a la mitad de su población masculina del voto, los gobiernos sureños se estaban transformando de repúblicas en oligarquías; por el contrario, las exclusiones norteñas, siendo como eran lamentables, eliminaban a un porcentaje tan pequeño del sufragio que no podían considerarse propiamente oligárquicas[19].

Ni siquiera esta enrevesada postura podía explicar el tratamiento por parte del Congreso de la cuestión del sufragio en la Decimocuarta Enmienda. La Sección Segunda de la Enmienda no prohibía la exclusión total de los negros de las votaciones; esta medida se tomó solamente en 1869, con la ratificación de la Decimoquinta Enmienda. En vez de ello imponía una sanción especial

---

Quizá el mejor intento de distinguir a los negros de las mujeres fue el que se produjo más tarde, en 1867. El congresista Broomall definió el gobierno republicano como «aquella forma de gobierno en que las normas las eligen los sufragios del pueblo, y en la que cada ciudadano puede o bien ejercer su derecho al sufragio él mismo, o dejar que lo ejerza por él alguien que puede ser justamente considerado como representante de sus intereses debido a sus relaciones legales, sociales o familiares», *Congressional Globe*, 39º Congress, 2nd Sess., 8 de enero de 1867, pp. 350-351.

De esta manera podía haberse argumentado que las mujeres estaban «justamente» representadas por sus esposos (¡y qué pasaba con las solteras!) mientras que los negros no tenían un apoderado similar. Esta forma de pensar no fue convincentemente desarrollada por el *Congressional Globe*. De hecho, durante los debates sobre la Decimotercera Enmienda, ni siquiera los Republicanos más radicales habían sugerido que la mera emancipación de los negros comportaba, sin más, concederles también el derecho a votar. G. Sidney Buchanan, «The Quest for Freedom: A Legal History of the Thirteenth Amendment», *Houston Law Review*, vol. 12, 1974, pp. 1, 12.

[17] En 1860 los negros tenían derecho de sufragio igual en cinco estados: Massachusetts, Maine, Rhode Island, New Hampshire y Vermont. En Nueva York los negros podían votar solamente si cumplían los requisitos de edad y residencia y podían demostrar que tenían propiedades por valor de 250 dólares. Leon Litwack, *North of Slavery*: *The Negro in the Free States, 1790-1860*, Chicago, Chicago University Press, 1961, pp. 83, 91.

[18] Estas cifras cuentan a Minnesota por partida doble, porque votó en dos ocasiones sobre el sufragio negro. En 1865, el sufragio negro fue votado en contra en Wisconsin, Connecticut y Minnesota. Kansas, Ohio, Nueva York y Nebraska lo rechazaron más tarde. Pero en 1868 tanto Iowa como Minnesota aprobaron referéndums para conceder el derecho de voto a los negros. Eric Foner, *Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877*, Nueva York, Harper and Row, 1988, pp. 222-223.

[19] W. Weicek, *The Guarantee Clause of the U.S. Constitution*, cit., p. 200.

a la exclusión de las urnas de grandes proporciones de «ciudadanos varones mayores de veintiún años». Cualquier estado que persistiese en esta práctica sufriría una reducción proporcional en su representación en la Cámara de Representantes. Si bien este era un castigo grave, presuponía claramente la continua legitimidad constitucional de estas prácticas de exclusión. ¿Cómo podía, pues, el Congreso justificar su negativa a aceptar a los gobiernos sureños bajo la Cláusula de Garantía cuando ni siquiera estaba dispuesto a prohibir las prácticas de exclusión en el futuro?

Estas dudas y vacilaciones explican el cauteloso tratamiento por parte de la mayoría republicana de la Cláusula de Garantías, cuando trataba de justificar su postura en un documento estatal publicado por el Comité Conjunto sobre la Reconstrucción en junio de 1866. El documento, preparado en un momento de crisis grave (que describiré más adelante), trataba de justificar el poder del Congreso tanto para excluir a los sureños como para proponer la Decimocuarta Enmienda. Aunque los Republicanos estaban determinados a utilizar la Cláusula como su principal base legal, no podían aceptar una explicación puramente tradicionalista. Al mismo tiempo, elaboraron una interpretación muy alejada de la afirmación de Sumner de que la garantía del gobierno republicano exigía al Sur extender el sufragio a los negros. En vez de cuestionar los fundamentos de las nuevas constituciones sureñas, el comité se centró en el proceso por medio del cual entraron en vigor:

> Parecía que, antes de ser admitidos a la participación en la dirección de los asuntos públicos, tales gobiernos debían estar regularmente organizados. La costumbre había establecido, y numerosas leyes lo habían indicado, de qué modo debía hacerse esto. Tenía que constituirse una convención bajo la autoridad competente para elaborar una forma de gobierno. Normalmente, esta autoridad emana del Congreso, pero en las peculiares circunstancias actuales, este comité no está dispuesto a criticar la acción del Presidente al asumir el poder ejercido por él a este respecto. La convención, una vez reunida, deberá elaborar una constitución de gobierno, que será sometida al pueblo para su adopción. Si es adoptada, deberá reunirse una asamblea legislativa para que apruebe las leyes necesarias para ponerla en práctica. Cuando un estado así organizado solicita tener representación en el Congreso, la elección de representantes debería ser estipulada por ley, de acuerdo con las leyes del Congreso que regulan la representación, y la prueba de que la acción emprendida lo ha sido en conformidad con la ley debería someterse al Congreso.

En ningún caso se han adoptado estas medidas preliminares esenciales[20].

---

[20] E. McPherson (ed.), *The Political History of the United States of America during the Period of Reconstruction*, cit., p. 89.

Cuando el comité habla de «costumbre asentada», se está refiriendo al proceso por medio del cual el Congreso regulaba la admisión de territorios dentro de la categoría de estados. Una vez que un estado había entrado en la Unión, sin embargo, el Congreso seguía estrictamente principios madisonianos[21]. No inspeccionaba el proceso por el cual los estados introducían nuevos cambios constitucionales, proceso que, de hecho, era bastante irregular[22]. La única cuestión era si el resultado final seguía siendo «republicano». Dado que nunca se había dado el caso de que un estado «cambiase su constitución republicana por una no republicana», el Congreso nunca había cuestionado la validez de un gobierno bajo la Cláusula de Garantías[23].

---

[21] W. Weicek, *The Guarantee Clause of the U.S. Constitution*, cit., pp. 63-67.

[22] Véase el cap. 3, p. 178 y la nota 18.

[23] En la mayor confrontación del gobierno federal con la Cláusula antes de la guerra, fue el Presidente, no el Congreso, quien tomó las decisiones fundamentales. Este problema se puso de manifiesto por las constantes dificultades de Rhode Island para adaptarse al sistema constitucional estadounidense. La asamblea legislativa del estado había respondido a la Revolución, y más tarde a la Constitución, haciendo enmiendas menores a la Carta Real de 1663. A finales de la década de 1830, las condiciones relativas a la propiedad impuestas a los votantes por la Carta se habían vuelto cada vez más anómalas en una época de sufragio masculino universal; la Cámara baja de la Asamblea General también tenía un reparto extremadamente irregular y daba el control efectivo a una pequeña minoría rural a expensas del ascendente centro manufacturero en el nordeste del estado. Sin embargo, las autoridades en el poder no estaban dispuestas a llevar a cabo ninguna reforma para adaptar el gobierno a las realidades del siglo XIX.

Finalmente, un grupo de insurgentes encabezado por Thomas Dorr convocó por su cuenta una convención ilegal, que propuso una nueva constitución que refrendaba el sufragio masculino universal. Luego organizaron una votación ilegal en la que 14.000 habitantes de Rhode Island aprobaron la nueva constitución y solo cincuenta y dos votaron en contra de ella. Dado el boicot que hicieron a esta votación los defensores del gobierno de la Carta, es imposible decir si los *dorritas* eran mayoría. Véase W. Weicek *The Guarantee Clause of the U.S. Constitution*, cit., pp. 86-110, que contiene la mejor discusión moderna del contexto objetivo. En cualquier caso, los dorritas procedieron a formar un gobierno rival y a reclamar la autoridad legítima.

El gobierno de la Carta respondió con la fuerza y también apeló al presidente Tyler para que le diera su apoyo bajo la Cláusula de Garantías. Actuando en virtud de una ley del Congreso de 1795, el Presidente se declaró dispuesto a intervenir militarmente en caso necesario a favor del gobierno de la Carta. Esta amenaza fue al parecer la que puso fin a la oposición armada. Véase *Luther v. Borden*, 7 How., 1849, pp. 1, 44. Mientras, el gobierno de la Carta tomó la iniciativa de reconstituir la autoridad política sobre una base más duradera, y convocó una «convención» propia, aunque la Carta Real nunca había contemplado esta posibilidad. Fue esta convención legalmente anómala la que finalmente resultó ser el mecanismo para la restauración de la autoridad legítima: redactó una nueva constitución, que obtuvo la aprobación electoral y que permitió la formación de un nuevo gobierno en 1843.

Una vez restablecida la paz, los viejos partidos continuaron el combate en los tribunales. *Luther v. Borden* empezó como una demanda en el tribunal federal presentada por un partidario del gobierno de Dorr contra un partidario de la Carta, quejándose de un abuso cometido durante la microguerra civil. Si hubiese apoyado esta demanda, el Tribunal Supremo habría cuestionado la legitimidad del nuevo gobierno de Rhode Island, que remitía su autoridad a la convención del gobierno de la Carta, no a la convención de Dorr.

Este asunto fue una gran preocupación para el juez Roger Taney, cuando el caso llegó finalmente al Tribunal en 1849, seis años después de que la nueva constitución de Rhode Island hubiese entrado prácticamente en vigor. En su opinión, los tribunales no tenían por qué cuestionar la decisión del presidente de dar apoyo militar, en caso necesario, al gobierno de la Carta:

De todos modos, como subrayó el Comité, el Congreso nunca se había encontrado con un colapso tan total del orden gubernamental como el producido en el Sur después de la Guerra Civil. En estas circunstancias, su extensión de la Cláusula de Garantías parece plausible si no totalmente

---

Puede decirse que dejar este poder en manos del Presidente es un peligro para la libertad, porque puede ser utilizado de un modo abusivo. Todos los poderes pueden ser utilizados de un modo abusivo si caen en malas manos. Pero sería difícil, creo yo, concretar otras manos en las que este poder estaría más seguro siendo al mismo tiempo igual de eficaz. Cuando los ciudadanos del mismo estado se levantan en armas unos contra otros, y las autoridades constituidas son incapaces de hacer cumplir las leyes, la interposición de Estados Unidos ha de ser rápida o tendrá muy poco valor. La forma ordinaria de proceder de los tribunales de justicia sería totalmente inadecuada en caso de crisis. Y el elevado cargo de Presidente, elegido como es por el pueblo de los Estados Unidos, y la alta responsabilidad que no puede dejar de sentir cuando actúa en un caso tan trascendente, parecen constituir salvaguardas tan poderosas frente a un abuso deliberado del poder como las que pueden proporcionar la prudencia y la previsión humanas. En todo caso, es un poder que le confiere la Constitución y las leyes de los Estados Unidos (*ibid*., p. 44).

Este es el núcleo normativo (*holding*) de *Luther v. Borden*, un punto a menudo ignorado a favor de algunas sentencias famosas que ofreció Taney en nombre del Congreso: «Como Estados Unidos garantiza a cada estado un gobierno republicano, el Congreso tiene que decidir necesariamente qué gobierno se establece en el estado antes de determinar si es o no republicano. Y cuando los senadores y los representantes de un estado son admitidos en los consejos de la Unión, la autoridad del gobierno bajo el cual son nombrados, así como su carácter republicano, son reconocidos por la auténtica autoridad constitucional. Y su decisión es vinculante en cualquier otro departamento del gobierno y no puede ser cuestionada ante ningún tribunal», *ibid*., p. 42.

Pero estas sentencias llegaron a modo de premio de consolación para los dorritas. El hecho es que el Congreso nunca se puso de parte de la facción de Dorr y nunca sabremos cómo habría respondido el Tribunal de Taney a un caso como el de Rhode Island teniendo en cuenta la evolución de la situación en 1865. En este escenario imaginario, el gobierno de la Carta, apoyado por el presidente Tyler, conseguía establecer el orden civil en Rhode Island solo para verlo cuestionado por la decisión del Congreso de expulsar a los senadores y representantes de la Carta en favor de los dorritas derrotados. ¿Habría apoyado Taney una decisión del Congreso para reiniciar una guerra civil que hubiese concluido con la triunfante intervención del Presidente en nombre de un gobierno de la Carta que, pese al carácter restrictivo del sufragio, encajaba perfectamente en la definición tradicional de gobierno republicano?

Incluso en caso de una respuesta positiva, se hubiera necesitado dar otro paso final antes de poder invocar el dictamen de Taney en nombre de la decisión del Congreso de la Reconstrucción de excluir al Sur. El 39º Congreso no solo no estaba de acuerdo con el Presidente respecto a qué gobierno estatal era verdaderamente republicano, sino que también rechazaba a los *únicos* gobiernos que podían, con un mínimo de verosimilitud, ser llamados tales, y de este modo privaba a los estados del Sur de cualquier tipo de representación. Así, se requería un tribunal para sopesar no solo el juicio del Presidente según el cual los Estados Unidos habían satisfecho su garantía de gobierno republicano, sino también la orden constitucional explícita de que todos los estados tuviesen al menos un representante y dos senadores en el Congreso. Dado que este último factor estaba totalmente ausente de las consideraciones de Taney en el caso *Luther*, sería precipitado aplicar de una forma mecánica las consideraciones jurídicas (*dicta*) de Taney a la Crisis de la Exclusión.

Efectivamente, considerando el asunto desde un punto de vista más general, dudo mucho que ningún constitucionalista reflexivo defendiese la existencia de un poder plenario en el Congreso que se apartase de la concepción tradicional de lo que es un gobierno republicano a la hora de determinar si un estado tiene que ser admitido en los consejos de la Unión. (Como aclara W. Weicek, *The Guarantee Clause of the U.S. Constitution*, cit., solo durante la época de la Reconstrucción se hicieron este tipo de afirmaciones en nombre del poder que

convincente[24]. Aquellos textualistas que están de acuerdo han superado uno de los obstáculos que se yerguen en el camino que lleva a la validez formal de la Decimocuarta Enmienda.

Pero quedan muchos más obstáculos. Una cosa es decir que el Congreso puede legítimamente excluir al Sur y aprobar la legislación ordinaria; otra muy distinta que pueda de forma legítima proponer una enmienda constitucional en virtud del Artículo Cinco.

Al fin y al cabo, sean cuales sean los méritos de la exclusión del Congreso de diciembre, conviene hacer una larga pausa y pensárselo mucho antes de decir que esto privó a los representantes del Norte de la autoridad para considerarse un «Congreso» a efectos de la promulgación de leyes ordinarias en función de los poderes que confiere el Artículo Uno de la Constitución[25]. Esta conclusión significaría que no existía *ningún* organismo federal durante los críticos años de la Reconstrucción que tuviese *un mínimo* de autoridad legislativa legítima. Y la Constitución no es un pacto suicida.

Pero constituye un gran salto afirmar una cesión de poder similar en virtud del Artículo Cinco. Mientras el «Congreso» tenga el poder de aprobar la legislación ordinaria, se habrá evitado la anarquía. Por lo que respecta al Artículo Cinco, el textualista ya no está obligado a jugar con los principios

confería al Congreso la Cláusula. Véase también William Dunning, *Essays on the Civil War and Reconstruction*, Nueva York, The Macmillan Company, 1898, pp. 131-132. Imaginemos, por ejemplo, que los Republicanos obtienen la mayoría en ambas Cámaras en las siguientes elecciones y desean emular a sus ilustres predecesores del 39º Congreso –el Congreso que nos dio la Decimocuarta Enmienda– ganando mayorías de dos tercios a base de realizar una purga entre la oposición demócrata. Descubriendo que sus oponentes representan de una forma desproporcionada a unos estados que han legalizado la venta de marihuana, el *caucus* republicano actúa de forma decisiva contra ello: ningún gobierno puede ser republicano, declara, si tolera la posibilidad de un electorado drogado el Día de las Elecciones. A menos y hasta que los estados descarriados convenzan al Congreso de la renovada sobriedad de sus ciudadanos, no se admitirán más representantes suyos ni en la Cámara Baja ni en el Senado. Y así, con una rápida pasada por la Cláusula de Garantías, los Republicanos obtienen una mayoría de dos tercios en el «Congreso». ¿Cree alguien realmente que una mayoría en el Congreso puede tener tanto poder? En vez de considerar como un usurpador a un Presidente que protestaba, ¿no preferiríamos que la oposición presidencial alentase al Tribunal Supremo –y a la población en general– a oponer resistencia a la posibilidad inminente de una tiranía?

[24] El Informe de la Mayoría también utilizaba argumentos más débiles en su defensa, sugiriendo que la elección de tantos simpatizantes de la Confederación para cargos en los nuevos gobiernos del Sur había descalificado de algún modo a los gobiernos como republicanos bajo la Cláusula de Garantías. Véase E. McPherson (ed.), *The Political History of the United States of America during the Period of Reconstruction*, cit., pp. 90-93. Pero la cláusula solo garantiza la *forma* republicana de gobierno. Ridiculiza el principio del autogobierno republicano por parte del Congreso para hacer que el reconocimiento sea contingente en función de la política que lleven a cabo los cargos elegidos por el pueblo en cada estado. Si bien cada cámara tiene derecho a negarse a dar un escaño a unos individuos traicioneros, el Congreso no puede descalificar a todo un estado meramente porque este envía a unos cuantos individuos sin méritos suficientes para representarle.

[25] Aunque presuponer que dicha legislación, especialmente cuando es aprobada por encima de un veto presidencial, posee la categoría ordinaria de constitucionalidad conferida por los tribunales, es harina de otro costal. Dejo a los formalistas que decidan ellos mismos dónde les deja esto respecto al estatus de la legislación fundamental, como la *Civil Rights Act* de 1866.

básicos alegando necesidad. Efectivamente, el texto del Artículo Cinco impone una cautela especial. Contiene una cláusula final que introduce una excepción permanente a los procedimientos generales para realizar enmiendas: «ningún estado, sin su propio consentimiento, será privado de su sufragio igual en el Senado». Esta cláusula existe en un nivel conceptualmente más fundamental que *cualquier* otra parte de la Constitución. Mientras que cualquier otro elemento –incluida la Cláusula de Garantías– puede ser modificado en virtud del Artículo Cinco, la igualdad senatorial de cada estado es la única parte permanente de nuestra Constitución.

¿O no es así? Dado el carácter fundacional de este texto ¿no era especialmente erróneo que los Republicanos procedieran a proponer enmiendas antes de que los senadores de *todos* los estados pudieran deliberar juntos acerca de su destino constitucional?

Como veremos, el presidente Johnson planteó estos problemas durante todo el debate, y habría ciertamente que tomárselos en serio en una interpretación atenta del texto. Muchos concluirán que, aunque tanto el Artículo Uno como el Artículo Cinco hablan en nombre del «Congreso», el texto concedía poderes de legislación ordinaria al Remanente Republicano solo en virtud del Artículo Uno, sin garantizarle poderes de producción normativa de carácter superior a tenor del Artículo Cinco. Otros, naturalmente, podrían no estar de acuerdo y considerar más plausible interpretar que la palabra «Congreso» significa lo mismo en ambos contextos.

Supongamos que usted se encuentra en este segundo grupo, y no solo se ha convencido de que el Congreso actuó apropiadamente excluyendo al Sur el 4 de diciembre a efectos de la aprobación de legislación ordinaria, sino que también ha decidido que los gobiernos sureños eran *tan* poco republicanos que tenían que ser privados de su derecho a participar en el proceso del Congreso de producción normativa de carácter superior. Con esta conclusión, ha reivindicado usted con éxito la autoridad del 39º Congreso para proponer la Decimocuarta Enmienda.

Pero no de una forma que salve a la Decimotercera Enmienda. Si, como usted mismo acaba de reconocer, los gobiernos sureños eran muy poco republicanos, ¿qué justificaba la decisión del secretario de Estado Seward de contabilizar a estos mismos gobiernos a la hora de proclamar la ratificación de la Decimotercera Enmienda?

El dilema número dos: la ratificación de la Decimocuarta Enmienda

Los hipertextualistas aún no han llegado al final del laberinto que ellos mismos han creado. Al pasar de la propuesta de la Decimocuarta Enmienda a

su ratificación, les aguarda un nuevo dilema, aún más desconcertante que el anterior. Los hechos son estos: una vez que el 39º «Congreso» hizo su propuesta, la Decimocuarta Enmienda fue enviada a todos los gobiernos del Sur y del Norte. Cuando uno de los gobiernos del Sur, Tennessee, ratificó la enmienda, los Republicanos admitieron inmediatamente a sus representantes en el Congreso[26]. Pero los otros diez estados del Sur rechazaron rápidamente la iniciativa del Congreso, y a menudo justificaron su decisión asegurando que habían sido inconstitucionalmente excluidos de las deliberaciones y de la votación de la propuesta[27]. Ya que nunca hubo más de treinta y siete estados en la Unión durante este período, se había reunido un veto de bloqueo de diez de ellos. Aún peor, también había importantes bolsas de oposición en el Norte. La Decimocuarta Enmienda parecía condenada.

Hasta que el Congreso intervino con una serie de *Reconstruction Acts* [Leyes para la Reconstrucción] durante la primavera y el verano de 1867. Estas leyes revolucionarias dividieron a los entonces diez estados del Sur en cinco regiones militares y pusieron al ejército de la Unión al control de toda futura transición a la categoría de estado. Generales con mando fueron autorizados a convocar nuevas «convenciones» constitucionales, pero solo después de haber compilado nuevos censos electorales que permitían votar a muchos negros que antes no podían hacerlo y que privaban del derecho al voto a muchos blancos desleales. Tras cambiar radicalmente a la clase política del Sur, las leyes ordenaron al ejército que supervisase la elección de delegados a las convenciones constitucionales, que presentarían luego sus propuestas a la aprobación por parte del (redefinido) Pueblo de cada estado antes de ser finalmente sometidas al Congreso[28]. Todo esto requería una entusiasta aceptación de la interpretación de Sumner de la Cláusula de Garantías, que no se había dado antes ni se ha vuelto a dar después en la historia de la República[29].

Como ya he apuntado, el propio Sumner palideció ante las implicaciones lógicas de su posición, pero son los problemas constitucionales los que palidecen en comparación con los que se darán en la siguiente fase legal. El Congreso no se contentó con determinar si las nuevas constituciones eran realmente «republicanas» antes de permitir a los representantes del Sur ocupar sus escaños en el Capitolio. En vez de ello, los tuvo marginados «hasta que un voto de su asamblea legislativa elegida bajo dicha

[26] Véase Joseph James, *The Ratification of the Fourteenth Amendment*, Macon (GA), Mercer University Press, 1984, pp. 20-24, sobre las graves irregularidades que comportaba la ratificación de la enmienda por parte de Tennessee.
[27] *Ibid*., pp. 59, 98, 117.
[28] Véase capítulos 7 y 8 de este libro.
[29] W. Weicek, *The Guarantee Clause of the U.S. Constitution*, cit., pp. 200-207.

Constitución hubiese adoptado la enmienda a la Constitución de Estados Unidos propuesta por el 39º Congreso conocida como su artículo catorce». De hecho, ni siquiera la ratificación sería suficiente. El estado estaría sin representación hasta que «dicho artículo se hubiese convertido en parte de la Constitución de Estados Unidos»[30]. Solo entonces se eliminarían los obstáculos y se pondría fin al control militar.

Estas dos disposiciones del Congreso, aprobadas por encima del veto presidencial[31], son cualitativamente diferentes de todo lo ocurrido anteriormente. Hasta entonces era posible cubrir con una hoja de parra legal cada acción del Congreso, pero en este momento estamos en presencia de violaciones manifiestas del Artículo Cinco. Estas dos últimas condiciones del Congreso no pueden apropiadamente justificarse por la Cláusula de Garantías, por muy ampliamente que se la interprete, por la sencilla razón de que a estas alturas el Congreso ya había aprobado las constituciones de los estados como republicanas. Sin embargo, todavía estaba reafirmando su poder de mantener a los estados al margen hasta que cumpliesen su exigencia de ratificar la Decimocuarta Enmienda.

Esta exigencia pulverizó el Artículo Cinco. Aunque el texto otorga al Congreso el derecho a *proponer* enmiendas, solo le permite determinar si la ratificación procederá por medio de las asambleas legislativas o por medio de las convenciones estatales. No hay nada en el texto que contemple al Congreso anulando el veto de los estados a una enmienda propuesta.

Sin embargo, esto es lo que estaba haciendo el Congreso con sus *Reconstruction Acts*. En vez de permitir a los gobiernos republicanos del Sur aceptar *o* rechazar la Decimocuarta Enmienda, les estaba diciendo, alto y claro, que su decisión de rechazarla les privaba de todo poder político en los consejos de la nación. Esto es totalmente inconsistente con el limitado papel del Congreso descrito por el Artículo Cinco. De ello se sigue que el proceso por medio del cual el Congreso procuraba la ratificación de la Decimocuarta Enmienda simplemente no podía hacerse cuadrar con el texto.

Y no es que esta ruptura no tenga precedentes. Como mostró la Primera Parte, la Convención Federalista mantenía precisamente la misma relación con el decimotercer Artículo de Confederación. Pero este capítulo está tratando de analizar la iniciativa Republicana en términos textuales sin investigar la alternativa no convencional. Teniendo en cuenta esta limitación, la «ratificación» de la Decimocuarta Enmienda no puede ser nada menos que una ley revolucionaria, una ley que es mejor abordar cambiando de tema.

---

[30] *First Reconstruction Act*, 14 *Stat.*, 1867, pp. 428, 429.

[31] J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, p. 499.

* * * * *

Y, sin embargo, es difícil ignorar los signos reveladores de la irregularidad que asoman del decimoquinto volumen de los *Statutes at Large*. El volumen contiene una proclamación del secretario de Estado Seward fechada el 20 de julio de 1868. La Reconstrucción del Congreso ha procedido a buen ritmo. Gracias al Ejército de la Unión, el electorado blanco y negro de seis estados del Sur tenía ahora constituciones aprobadas por el Congreso y estaba dispuesto a darle la vuelta al rechazo que habían hecho sus predecesores de la Decimocuarta Enmienda. Como explicaba el secretario, había recibido ratificaciones de «organismos recién constituidos y recién establecidos *que reconocen ser y actuar como asambleas legislativas*, respectivamente, de los estados de Arkansas, Florida, Carolina del Norte, Luisiana, Carolina del Sur y Alabama» (la cursiva es mía).

Tal como interpreta Seward las normas pertinentes, estas no le autorizan «a determinar y a decidir cuestiones dudosas respecto a la autenticidad de la organización de las asambleas legislativas de los estados, o respecto al poder de la asamblea legislativa de cualquier estado para retirar una ley o resolución de ratificación anterior a cualquier enmienda de la Constitución que se haya propuesto»[32]. Aún peor, Seward tenía otro problema. Aunque estaba en posesión de veintitrés ratificaciones del Norte, dos de ellas eran de Ohio y de Nueva Jersey, que se habían retractado formalmente de sus anteriores aprobaciones. ¿Qué tenía que hacer?

La proclamación concluye condicionalmente, diciendo que «si hemos de considerar que las resoluciones de las asambleas legislativas de Ohio y Nueva Jersey ratificando la anteriormente mencionada Enmienda están en pleno vigor y efecto[33], podemos considerar también que la citada Enmienda ha sido ratificada».

La reacción del Congreso fue rápida e inequívoca. El 21 de julio, las dos Cámaras aprobaron simultáneamente una resolución listando a los veintinueve estados ratificadores de la enmienda, declarándola «parte de la Constitución de Estados Unidos y afirmando que será debidamente promulgada como tal por el secretario de Estado». Esta resolución marca la primera vez que el Congreso afirmó el poder de pronunciarse sobre la cuestión de la ratificación[34].

---

[32] Véase 15 *Stat.*, 1868, p. 707.

[33] Este último párrafo no repite explícitamente las dudas de Seward acerca de las ratificaciones del Sur.

[34] Walter Dellinger, «The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process», *Harvard Law Review*, vol. 97, 1983, p. 386.

Pese a no tener precedentes, fue todo un éxito. El 28 de julio, el secretario de Estado hizo una segunda proclamación «de conformidad»[35] con la resolución del Congreso del 21 de julio que certificaba la validez de la enmienda. La historia de la ratificación termina como empezó: con unos indicadores categóricos de su carácter legalmente anómalo.

Por si el problema de la ratificación no fuera suficiente, no es nuestro único dilema constitucional. Nuestra anterior paradoja la provocó también una proclamación de Seward, esta vez relativa a la Decimotercera Enmienda. Una solución satisfactoria del problema planteado por las dos proclamaciones de Seward de 1868 también ha de ser consistente con las razones aducidas por su anterior proclamación de 1865. Pero en esta proclamación, Seward validaba la Decimotercera Enmienda sobre la base de las ocho aprobaciones que le habían hecho llegar los gobiernos *blancos* del Sur. A consecuencia de ello, el hipertextualista ha de explicar de algún modo por qué Seward tenía motivos para contabilizar estos gobiernos blancos cuando dijeron «Sí» a la Decimotercera Enmienda, y por qué el Congreso pudo derribar a estos gobiernos en 1867 cuando dijeron «No», y mantener al margen a los nuevos gobiernos hasta que dijeron «Sí».

¿*Existe* alguna forma de salir del páramo textualista?

¿Cortando el nudo gordiano?

He estado suponiendo que los estados del Sur no cometieron un suicidio constitucional rebelándose contra la Unión: mientras que los *gobiernos* del Sur habían perdido el derecho a reclamar la legitimidad rebelándose, los *pueblos* de los *estados* del Sur no habían perdido su derecho a ser contabilizados como partes constituyentes de la Unión, siempre, por supuesto, que restableciesen gobiernos republicanos que *fuesen* leales a la Unión.

Pero esta suposición es cuestionable. Como es bien sabido, Charles Sumner argumentaba que Alabama *et al*. se habían suicidado y por lo tanto no podían ser contabilizados como «estados» a la hora de contar la mayoría de tres cuartos requerida por el Artículo Cinco. Thaddeus Stevens y otros fueron aún más lejos, argumentando que el Sur era una provincia conquistada a merced de los Estados Unidos[36]. Si bien la teoría de Stevens difería

---

[35] 15 *Stat.*, 1868, pp. 708, 712. Durante la semana transcurrida entre las dos proclamaciones de Seward, un séptimo estado sureño, Georgia, había presentado su ratificación al secretario de Estado; en consecuencia, fue añadido a la lista de los estados ratificadores, que ascendió de este modo a treinta.

[36] Esta es la «teoría de los derechos perdidos» descrita en las obras de generaciones de historiadores. Véase, por ejemplo, W. Dunning, *Essays on the Civil War and Reconstruction*, cit., pp. 109-112; Eric McKitrik, *Andrew Johnson and Reconstruction*, Chicago, Chicago University Press, 1960, pp. 113-119.

de la de Sumner, tenían las mismas implicaciones por lo que respecta al Artículo Cinco[37]. Contando solamente los estados norteños de la Unión al aplicar la regla de los tres cuartos, es fácil establecer la validez formal tanto de la Decimotercera como de la Decimocuarta Enmienda[38]. De un solo golpe conceptual, el textualista puede cortar el nudo y eludir la perplejidad legal.

Desgraciadamente, una fusión de las matemáticas de Sumner con las de Stevens provoca paradojas propias aún más profundas. Como el presidente Johnson nunca se cansaba de puntualizar, el Congreso había asegurado explícitamente a la nación que el objetivo de la guerra era «preservar a la Unión con toda la dignidad, igualdad y derechos de los diversos estados incólumes […]. Una vez conseguido este objetivo, la guerra tenía que terminar»[39]. Esta fue también la postura oficial de la Administración de Lincoln durante toda la guerra[40]. Ahora bien, después de que cientos de miles de personas hubiesen muerto por la Unión, Sumner y Stevens parecían decir que los rebeldes tenían razón: la Constitución no había creado una Unión indisoluble, y los estados sureños podían convertirse en provincias conquistadas o meros territorios. Por esta razón Johnson los comparaba constantemente con los secesionistas sureños, y se presentaba a sí mismo como el portavoz de los moderados que confiaban mantenerse a distancia de los partidarios de la disolución de la Unión tanto del Sur *como* del Norte.

Para eludir la cuestión, la mayoría republicana del Congreso nunca refrendó formalmente el radicalismo de Stevens-Sumner y su aceptación del *diktat* norteño[41]. Si bien el Congreso utilizó al ejército de la Unión

---

[37] Para una buena explicación de ambas teorías, véase W. Dunning, *Essays on the Civil War and Reconstruction*, cit., pp. 105-109; E. McKitrik, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., pp. 110-119.

[38] En esta línea de razonamiento, había veinticinco, no treinta y seis, estados en la Unión en diciembre de 1865, y se necesitaban diecinueve «síes» para ratificar la Decimotercera Enmienda. A finales de diciembre Seward tenía ya la aprobación de veintiún estados. Véase la nota 4. Sobre la Decimocuarta Enmienda, véase la nota 41.

[39] *Congressional Globe*, 37º Congress, 1st Sess., 1861, p. 223. Johnson recordaba bien estas palabras, ya que era él quien había introducido la Resolución Crittenden en el Senado.

[40] Véase Herman Belz, *Reconstructing the Union: Theory and Policy during the Civil War*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1969, p. 7. El último capítulo de Belz contiene un buen resumen de la evolución de las posturas del Presidente durante la guerra.

[41] Véase, por ejemplo, Carl Schurz, *The Reminiscences of Carl Schurz*, 3 vols., Nueva York, McClure Company, 1907-1908, p. 223 («la teoría del Estado-suicida anticipada por Mr. Stevens y por una escuela comparativamente pequeña de extremistas»). Este punto ha sido repetidamente reconocido por historiadores de muy diferentes escuelas. Compárese lo que dice W. Dunning, *Essays on the Civil War and Reconstruction*, cit., p. 109, con lo que dicen M. Benedict, «Preserving the Constitution: The Conservative Basis of Radical Reconstruction», cit., p. 65, y Michael Perman, *Reunion without Compromise: The South and Reconstruction: 1865-1868*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973, pp. 3-12. Así, cuando el secretario de Estado Seward respondió a una petición del Congreso enumerando los veinte estados del Norte que en julio de 1867 ya habían ratificado la Decimocuarta Enmienda, el Congreso no fue más allá para proclamar la validez de la enmienda sobre la base de una matemática radical, sino que dejó el asunto en una especie de limbo hasta que la Reconstrucción generó más aprobaciones desde el Sur. Véase *Congressional Globe*, 40º Congress, 1st Sess., 1867, p. 740.

para crear nuevos censos electorales y supervisar la reconstrucción, el éxito dependía también de las decisiones que tomase el nuevo electorado blanco y negro. No menos que el Presidente, el Congreso trató de crear un proceso en el que los estados del Sur *diesen su consentimiento* a las soluciones constitucionales surgidas de la Guerra Civil. Aunque los medios para obtener este consentimiento reducían a la nada el esquema del Artículo Cinco, el Congreso se negó a intentar una ruptura aún más profunda con los valores constitucionales proclamando públicamente que este consentimiento no era necesario. En su respuesta de julio de 1868 al secretario de Estado Seward enumeraba orgullosamente las aprobaciones recibidas tanto del Norte como del Sur, y sobre *esta* base declaraba válida la Decimocuarta Enmienda. El Tribunal Supremo adoptó el mismo enfoque en sus dictámenes de 1870 en *Texas v. White*[42]. El presidente del Tribunal Supremo Salmon P. Chase evitó prudentemente cualquier decisión clara sobre el estatus constitucional de los gobiernos blancos establecidos por el presidente Johnson. Pero dejó muy claro que la secesión del Sur *no* había dejado reducida a la región a una provincia conquistada: «la Constitución, en todas sus estipulaciones, apunta a una Unión indestructible compuesta de unos estados indestructibles»[43].

Se deduce de ello, entonces, que antes de seguir a Sumner y a Stevens, el hipertextualista tiene que repudiar una decisión del Tribunal Supremo[44] que cristalizó en el consenso constitucional surgido de la Reconstrucción.

Como veremos, centristas como John Bingham coquetearon con las matemáticas radicales en algunos momentos, pero más tarde llevaron al Congreso a seguir una vía muy diferente. Véase el capítulo 7. Como explica el republicano James G. Blaine, adscrito a la corriente dominante del Partido, en su revelador libro de 1886 *Twenty Years of Congress. From Lincoln to Garfield*, 2 vols.:

> La gran mayoría de líderes republicanos, sin embargo, no estaban de acuerdo con Mr. Stevens, y el grueso del partido estaba claramente contra él. La prueba reveladora de su desacuerdo con la doctrina extrema era su absoluta falta de voluntad para intentar una enmienda de la Constitución mediante la ratificación de las tres cuartas partes de los Estados leales solamente, y su insistencia en que tenía que ser ratificada por las tres cuartas partes de todos los Estados, tanto del Norte como del Sur. Mr. Stevens consideraba que este era un paso fatal para el partido, y su opinión extrema tenía el respaldo de Mr. Sumner; pero, en contra de estos dos líderes radicales, el Partido era gobernado por sus propios instintos conservadores. Creía, con Mr. Lincoln, que el plan de enmiendas de Stevens siempre sería cuestionado, y que en una materia tan grave como un cambio en la ley orgánica de la nación, el proceso tenía que ser incuestionable y ser capaz de pasar cualquier prueba y resistir cualquier ataque (vol. 2, p. 140).

La última línea es especialmente fascinante, dado que, por supuesto, los Republicanos consiguieron su objetivo pese a su patente violación del Artículo Cinco. El reto era entender cómo habían conseguido los Republicanos un resultado tan notable y por qué les convenía hacerlo en nombre del Pueblo.

[42] 74 U.S. (7 Wall), 1868, pp. 700, 717.

[43] *Ibid.*, p. 725. Además, el Tribunal citaba explícitamente la proclamación de Seward declarando la validez de la Decimotercera Enmienda «por el requisito de las tres cuartas partes de los estados», *ibid.*, p. 728, nota 13.

[44] *Era* un *holding* (núcleo normativo), no un mero *dicta* (consideraciones jurídicas). En el momento de tomar esta decisión, los representantes de Texas seguían estando excluidos del Congreso. El magistrado Robert Grier puso de manifiesto este hecho en su escrito de discrepancia, *ibid.*, pp. 738-739.

Si da este paso, estaría reafirmando una postura aún más paradójica que las que hemos encontrado hasta ahora: al repudiar las opiniones ponderadas de los presidentes Lincoln y Johnson, del Congreso y del Tribunal Supremo, nos informa triunfalmente de que podemos salvar la validez de las enmiendas de la Reconstrucción aceptando las opiniones secesionistas de unos rebeldes del Sur y de unos radicales del Norte que nunca obtuvieron el apoyo meditado del pueblo estadounidense.

¿En las garras de la guerra?

Los hipertextualistas reflexivos a menudo tiran la toalla al llegar a este punto. Si no podemos continuar suprimiendo los orígenes problemáticos de las enmiendas de la Reconstrucción, me parece oírles decir, ¿por qué no hacemos simplemente de la necesidad virtud? Es cierto que el Sur no había tenido éxito en su intento de separarse de la Unión; sin embargo, el Norte estaba en su derecho de mantener al Sur en las «garras de la guerra»[45] hasta que el Sur aceptase sus exigencias. Desde este punto de vista, la Decimotercera y la Decimocuarta Enmiendas formaban parte de nuestra Constitución no en virtud del Artículo Cinco, sino en virtud de Antietam, de Gettysburg y del poder de la guerra[46].

* * * * *

Sin ánimo de parecer descortés, no puedo aceptar esta concesión sin poner de manifiesto su importancia. El blanco principal de este libro es el hipertextualismo: el punto de vista ingenuo, pero ortodoxo, de que el Artículo Cinco proporciona un marco desde el cual los juristas modernos pueden explicar *todas* las enmiendas válidas desde la Fundación. Cualquier constitucionalista que acepte el argumento de las «garras de la guerra» habrá roto decididamente con esta ortodoxia, y estará de acuerdo conmigo en que esta Reconstrucción no prosiguió con la vieja fórmula, sino que los Republicanos erigieron su nuevo régimen de una nueva forma. La cuestión ya no es si el hipertextualismo es adecuado, sino qué teoría del cambio constitucional ha de reemplazarla.

---

[45] En un famoso discurso, Richard Henry Dana expresó esta idea del siguiente modo: «Tenemos derecho a mantener a los rebeldes en las garras de la guerra hasta que hayamos logrado lo que requiere la seguridad y la fe pública», Richard Dana (ed.), *Richard Henry Dana Jr.: Speeches in Stirring Times*, Boston y Nueva York, Houghton Mifflin Co., 1910, pp. 234, 247. Para una exposición más detallada, véase *Opinions of Attorney General*, vol. 13, 1869, p. 59 (opinión sobre la Reconstrucción del Congreso).

[46] El profesor Laurence Tribe coquetea con este punto de vista en «Taking Text and Structure Seriously», *Harvard Law Review*, vol. 108, 1995, pp. 1221, 1294.

Las «garras de la guerra» me parece un mal candidato. Y lo que es más importante, colocaría a las enmiendas de la Reconstrucción sobre unos fundamentos constitucionales radicalmente diferentes y mucho menos atractivos que las otras partes de nuestra Constitución. La Fundación, y otras enmiendas, obtienen su autoridad de la voluntad constitucional del pueblo estadounidense, pero si aceptamos las «garras de la guerra» hemos de concluir que las enmiendas de la Guerra Civil emergen de los cañones del Ejército de la Unión.

Quizá deberíamos apretar los dientes y aceptar esta dura verdad, si es que es la verdad. Pero, como confío en demostrar, las «garras de la guerra» es historia de la mala. Cuando los cañones callaron, el significado constitucional de la guerra quedó sin resolver. Muchas respuestas eran posibles y ninguna era inevitable. Las «garras de la guerra» no surgen de un cuidadoso estudio de los hechos, sino de una jurisprudencia mal encaminada que restringe nuestras opciones a una cruda dicotomía: *o bien* el marco del Artículo Cinco gobernó en todo su esplendor legalista, *o bien* el marco legal fue destruido y solo reinó la fuerza.

Pero el objetivo esencial de este libro es rechazar esta dicotomía entre la perfección legalista y la fuerza sin ley. Si logro mi objetivo, la relación entre la Guerra Civil y las enmiendas de la Reconstrucción será parecida a la relación entre la Revolución Americana y la Constitución de 1787. Después de todo, la propia Revolución fue una guerra civil que enfrentó a los colonos leales a la corona británica con los patriotas en una lucha sangrienta, pero no por ello suponemos que la forma de la Constitución de 1787 estuvo determinada por la batalla de Yorktown. Creemos –y con razón– que fue la lucha política provocada por la Convención de Filadelfia lo que determinó el destino constitucional de Estados Unidos.

Lo mismo podemos decir de la Guerra Civil y de la Reconstrucción. Solo cuando callaron las armas, empezaron los estadounidenses a plantearse en serio el significado de la victoria de la Unión. ¿Era simplemente una reivindicación de la vieja Constitución? ¿Autorizaba la construcción de una república radicalmente nueva? ¿Era algo intermedio? Pese a su tono seudorrealista, la expresión «la garra de la guerra» se equivoca por cuanto ignora las formas no convencionales pero profundamente democráticas por medio de las cuales el pueblo estadounidense –en el Sur como en el Norte– efectuó una *elección genuina* entre las soluciones constitucionales que se abrían ante él.

Hay solo una forma de recuperar estas estructuras no convencionales de soberanía popular. Igual que hemos hecho con los Federalistas, hemos de seguir a los Republicanos mientras avanzan, paso a paso, para obtener un mandato del Pueblo para sus reformas revolucionarias del viejo régimen.

Los sonidos del silencio

Ya que tenemos por delante un largo y arduo viaje, debo responder a un intento común de acortarlo: *si* estuvieras en lo cierto, Bruce, y existiera efectivamente un problema grave respecto a las enmiendas de la Reconstrucción, ¿por qué no han hablado de ello los juristas? ¡Dios sabe que no paran de hablar de cosas mucho menos importantes! Su silencio *tiene* que significar que estos dilemas legales han sido decisivamente resueltos hace tanto tiempo que las respuestas se han perdido entre las brumas del pasado.

El bloqueo legal, al contrario, tiene unas fuentes más próximas. En 1939, el Tribunal Supremo anunció que daba por cerrada la cuestión del Artículo Cinco. Rompiendo con una larga línea de precedentes, *Coleman v. Miller*[47] declaraba que el Artículo Cinco quedaba fuera de su alcance y que planteaba «problemas políticos» más que problemas legales. Desde entonces, el Tribunal Supremo ha sido fiel a su palabra: no ha decidido ni un solo caso en función del Artículo Cinco. En una cultura académicamente diferente, esta súbita retirada del legalismo podría haber suscitado una gran curiosidad: ¿por qué decidió el Tribunal que el Artículo Cinco planteaba problemas demasiado peliagudos? Si el Artículo Cinco es la ley dura que supone el hipertextualista, ¿por qué no la hacen cumplir los tribunales? Pero el caso es que los juristas estadounidenses tienden a ser observadores de lo que hacen los tribunales, y cuando el Tribunal Supremo deja de hablar de un tema, los profesionales también lo dejan en suspenso.

De hecho, la única vez que el problema salió a la superficie fue en la década de 1950, cuando las revistas jurídicas sureñas publicaron varios artículos que reactivaron el pedigrí problemático de la Decimocuarta Enmienda como parte de la campaña contra *Brown v. Board of Education*[48]. Aparte de una floja y tardía respuesta en una revista del Norte[49], la opinión legal dominante ignoró en general este desafío del Sur.

Pero los juristas son solo una parte en la preservación de la memoria constitucional de la nación. Y si los historiadores hubiesen mantenido su interés en el asunto, el problema no habría pasado tan completamente a

---

[47] 307 U.S., 1939, p. 433.

[48] Véase, por ejemplo, Joseph Call, «The Fourteenth Amendment and Its Skeptical Background», *Baylor Law Review*, vol. 13, 1961, p. 1; Pinckney McElwee, «The Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States and the Threat that It Poses to Our Democratic Government», *South Carolina Law Quarterly*, vol. 2, 1959, p. 484; Walter Suthon, «The Dubious Origins of the Fourteenth Amendment», *Tulsa Law Review*, vol. 28, 1953, p. 22.

La historia no convencional de estas Enmiendas se recuerda también en diversos casos judiciales. Véase, por ejemplo, *Lindsay v. Alabama*, 139 So. 2d, 1961, p. 353; *Dyett v. Turner*, 439 P. 2d, 1968, p. 266.

[49] Véase Ferdinand Fernández, «The Constitutionality of the Fourteenth Amendment», *South California Law Review,* vol. 39, 1966, p. 378, cuya respuesta ignora o elude las cuestiones planteadas en este capítulo.

un segundo plano. Considérese, por ejemplo, el libro de James Randall *The Civil War and Reconstruction*, que, desde la década de 1930 a la de 1960, fue considerado «la mejor historia en un solo volumen de la Guerra Civil para el lector no especializado, y un manual para estudiantes universitarios»[50]. Veamos algunos párrafos destacados del capítulo que trata de «la política de posguerra y el cambio constitucional»:

> Una característica notable de este período de gobierno radical fue su indiferencia por la Constitución. En ninguna parte se pone de manifiesto más claramente esta actitud que en la escasa consideración existente en la forma y el procedimiento de la adopción de la Decimocuarta Enmienda […].
>
> En realidad, en 1867-1868 el Congreso no estaba meramente presentando una enmienda a los estados. Estaba creando unos gobiernos inventados en el Sur a los cuales daba no una oportunidad de votar *sí* o *no* respecto al artículo constitucional propuesto, sino solamente la alternativa de votar *sí* o ver negado su reconocimiento como estados de la Unión. En su calidad de ley constitucional, el método para introducir enmiendas en la Constitución no forma parte del poder legislativo del Congreso. Se prescribe en el Artículo Cinco de la Constitución […]. Corresponde al Congreso elegir entre la convención y la ratificación legislativa, pero no crear nuevos factores o condiciones como parte del proceso de introducción de enmiendas. En este caso el Congreso presentaba una enmienda que había sido rechazada por más de una cuarta parte de los estados; luego, en efecto, el Congreso cambió el proceso, estipulando que la ratificación tenía que llevarla a cabo un tipo concreto de asamblea legislativa elegida de la forma prevista por él y elegida a partir del sufragio negro (aunque esto fue previo a la adopción de la Decimoquinta Enmienda, concebida para provocar este sufragio) […].
>
> Manteniendo que los estados sureños no formarían parte de la Unión hasta ser redimidos por el Congreso, los radicales se veían llevados a la absurda conclusión de que los estados no podían ser considerados como miembros de la Unión hasta que hubiesen realizado una función que solamente los estados miembros podían llevar a cabo, es decir, ratificar una enmienda constitucional federal […][51].

---

[50] Esta es la valoración que hace del libro David Donald en su introducción a la segunda edición («Introducción», pp. I-XVI), donde explica los motivos por los que decidió actualizar el libro: James Randall, *The Civil War and Reconstruction*, Boston, Little, Brown, 1937, segunda edición revisada por D. Donald, Boston, D. C. Heath and Co., 1961.

[51] *Ibid*., pp. 633-635. La discusión es esencialmente la misma que en la primera edición de 1937 del libro de Randall. También hay una nota a pie de página que apunta a otra de las paradojas que hemos desarrollado: «Estaba, por supuesto, la cuestión adicional, como hemos dicho más arriba, de que los estados de la antigua Confederación, aunque no reconstruidos, habían sido contabilizados en la ratificación de la Decimotercera Enmienda y habían sido incluidos en la estimación del número total de estados», *ibid*., pp. 635-636, nota 6. El problema relativo a la ratificación de la Decimotercera Enmienda es explicado con mayor detalle por J. Randall, *Constitutional Problems under Lincoln*, cit., pp. 396-401.

Si los constitucionalistas se vieran regularmente expuestos a comentarios tan acerbos por parte de los historiadores, tendrían dificultades en mantener su despreocupada indiferencia ante las paradojas que hemos puesto en evidencia.

Pero la última generación de historiadores también ha hecho la vista gorda ante estos rompecabezas. La extraordinaria obra de 1988 de Eric Foner, *Reconstruction: America's Unfinished Revolution*, es sintomática[52]. Su objetivo es hacer una síntesis exhaustiva de la erudición contemporánea, pero este libro de 600 páginas evita hacer un tratamiento amplio de las quejas doctrinales de Randall. ¿Qué ha ocurrido?

Una revolución intelectual. Una enorme profusión de trabajos de investigación ha reescrito la historia social y política de la Reconstrucción. Trabajando a partir de un amplio conjunto de fuentes, la última generación ha conseguido llevar a cabo un intenso trabajo de demolición de las tendencias prosureñas que habían caracterizado a la investigación histórica desde finales del siglo XIX. Pero en un sentido clave esta oleada revisionista no ha hecho más que intensificar una tendencia ya existente. A lo largo del siglo XX, los historiadores han ido perdiendo sistemáticamente el interés por las cuestiones técnicas de doctrina constitucional. Mientras que académicos anteriores, como John Burgess y William Dunning, abordaron las cuestiones constitucionales con mucho interés, la mayoría de historiadores de las décadas de 1920 y 1930 estaban ya desestimando la doctrina constitucional como una manipuladora cortina de humo utilizada para encubrir unos intereses económicos y sociales más esenciales. Pese a la talla intelectual de Randall, su interés por la doctrina legal era ya algo excepcional a mediados de siglo[53]. Esta tendencia displicente se ha visto incluso fortalecida[54] por la fascinación que siente la última generación por la historia social. En vez de centrarse en las enrarecidas alturas del Capitolio, los historiadores recientes han preferido explorar el significado de la historia de la Reconstrucción para los hombres y mujeres normales y corrientes del Sur.

---

[52] Véase también la excelente historia de J. McPherson, *Ordeal by Fire: The Civil War and Reconstruction*, cit., que observa que los esfuerzos de Johnson a favor de la Decimotercera Enmienda eran «inconstitucionales» (*ibid*., p. 501), aunque no parece tomarse en serio las implicaciones de esta observación.

[53] Para un excelente ensayo sobre este tema, véase Harold Hyman, *The Radical Republicans and Reconstruction*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, 1967, especialmente pp. XL-XLIII.

[54] «De todos modos, sigue siendo cierto que la reconstrucción como problema teórico ha dejado de estar de moda durante un tiempo y que ya no tiene la vitalidad que tuvo en su día […]. La mayor parte de la literatura producida sobre este período durante la última generación daba por supuesto no solo que la postura de Johnson era la "constitucional", sino también que los otros argumentos carecían de sentido, que no eran más que pantallas que ocultaban unos programas de naturaleza política (o incluso económica) […]. Ahora bien, hay algo arbitrario y autolesivo en esta suposición, actualmente más o menos tácita u ortodoxa, de que es posible despachar el aspecto constitucional de la reconstrucción con una simple observación superficial». E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., p. 94.

No menos importante ha sido un sutil cambio que se ha producido entre un pequeño pero destacado grupo de intelectuales que han conservado un interés legal serio. Hablando en general, han tratado de evitar la cáustica sentenciosidad expresada en el estudio de Randall. En vez de responder a los méritos de las críticas de Randall, los mejores libros y artículos han adoptado una actitud más imparcialmente interpretativista, tratando de entender, más que juzgar, la forma en que interactuaron la ley y la política durante este período. Es mucho lo que se ha ganado con este cambio, pero también se ha perdido algo: esa sensación de inquietud con que los estadounidenses contemplaban cómo el sistema de producción normativa de carácter superior se desplegaba ante sus ojos, y su férrea determinación de colmar el vacío de legitimidad que se había puesto de manifiesto.

La sensación de crisis llegó muy pronto. En 1862, el gran libro de Sidney George Fisher *Trial of the Constitution* estaba ya explicando a sus compatriotas que no podían confiar en los mecanismos para el cambio constitucional estipulados por el Artículo Cinco: «Hemos de entender el Artículo Cinco como una de las formas mediante las cuales se pueden hacer enmiendas, y no como la manera de excluir otras formas de hacerlas»[55]. Apuntalando esta afirmación con una extraordinaria variedad de argumentos que incluía –pero yendo mucho más allá–muchos de los que hemos desarrollado aquí, Fisher recordaba a sus compatriotas su responsabilidad fundamental:

> La Constitución pertenece al pueblo, al pueblo de 1862, no al de 1787. Y debe que ser modificada –y lo será– para adecuarla a los deseos de este último, por medio de sus representantes en el Congreso, igual que la Constitución inglesa ha sido modificada por el Parlamento, o será destruida […]. Hay quien piensa que sería correr un gran riesgo dejar esta cuestión al capricho de la multitud o de una Asamblea legislativa elegida por ella. Pero una república tiene que hacer frente a estos peligros. Si el pueblo no puede preservar la Constitución, esta tiene que perecer, porque no puede ser preservada por el poder judicial[56].

No puedo hacer justicia a las brillantes especulaciones de Fisher[57]. Mi interés se centra en la forma notable en que los estadounidenses afrontaron ese reto y consiguieron reafirmar la posibilidad de la soberanía popular mediante unas adaptaciones no convencionales que ni siquiera Fisher había previsto durante los días más negros de la guerra.

---

[55] Sidney George Fisher, *Trial of the Constitution*, Filadelfia, J. B. Lippincott & Co., 1862, p. 142.
[56] *Ibid*., pp. 96-97.
[57] Para una mejor valoración del libro de Fisher, véase Harold Hyman, *A More Perfect Union: The Impact of the Civil War and Reconstruction on the Constitution*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1973, pp. 110-115, y Daniel Lazare, *The Frozen Republic: How the Constitution is Paralyzing Democracy*, Nueva York, Harcourt Brace & Co., 1996, pp. 136-139.

V
EL LIDERAZGO PRESIDENCIAL

De la Fundación a la Reconstrucción

El último capítulo apuntaba a la interpretación imperante de nuestro pasado constitucional. Este enfoque ortodoxo compara el texto de la Fundación con la práctica de la Reconstrucción y supone que esta última se ajusta al primero. Como esta senda lleva a dilemas muy profundos, quizá va siendo hora de cambiar de rumbo. Pero, ¿en qué dirección?

¿Quizá la única respuesta honesta es que la Reconstrucción equivale a un rechazo total de los principios de producción normativa de carácter superior establecidos en la Fundación? Esta es una hipótesis provocativa, pero que podemos desestimar a fin de cuentas. Necesitamos reinterpretar, no repudiar, el legado de la Fundación. La ortodoxia se equivoca cuando reduce la contribución de la Fundación a una sola regla del Artículo Cinco que autorizaba a los Republicanos a enmendar la Constitución mediante unas mayorías concretas en el Congreso y en las asambleas legislativas estatales. Pero los Fundadores contribuyeron a la posteridad con su valiosos propio precedente y no solo con unas cuantas reglas. Una vez que tomamos en consideración su valiosos legado, la hipótesis de una ruptura radical entre la Fundación y la Reconstrucción empieza a parecer innecesaria y desaconsejable. Podemos aprender mucho más de nuestra Constitución viendo la Reconstrucción como una adaptación, realmente exitosa, del precedente no convencional de los Fundadores a las condiciones del siglo XIX.

Y no es que quien lo rechaza se equivoque al hacer hincapié en los aspectos más notables de la Reconstrucción. Solo subestima el carácter igualmente notable de la Fundación. Como hemos visto, los Federalistas no daban por supuesto que podían obtener autoridad constitucional actuando de acuerdo con los procedimientos operativos establecidos. Buscaron romper con la influencia de las disposiciones anteriores situando en el centro de la escena constitucional unas «convenciones» legalmente problemáticas. Al mismo tiempo, no liberaron completamente a sus convenciones de las pautas preexistentes de autoridad constitucional. Trataron de coordinar

elementos legalistas y extralegales en una dinámica característica que les permitiese en última instancia *ganar* la autoridad constitucional suficiente para hablar en nombre de Nosotros, el Pueblo. El desafío consiste en entender en unos términos análogos la lucha Unionista para conseguir autoridad constitucional.

Empezaremos definiendo un problema común, que denominaré el conflicto entre el medio y el mensaje. Tanto los Federalistas durante la década de 1780 como los Unionistas en la de 1860 eran portadores de un mensaje constitucional que tenía una orientación relativamente nacional para su tiempo y lugar. Ambos confrontaron un medio de producción normativa que tenía una orientación relativamente estatal, que otorgaba a un estado (en la década de 1780) o a una pequeña minoría de estados (en la de 1860) un veto constitucional sobre la visión que tenían los nacionalizadores de «una Unión más perfecta». De ahí el conflicto: «Somos cada vez más el Pueblo de unos Estados *Unidos*», decían los mensajeros. «Que los estados se pongan de acuerdo», decía el medio.

Pero, naturalmente, los Federalistas tenían solo una orientación nacional teniendo en cuenta su tiempo y lugar. Sabían que en aquel momento el pueblo estadounidense no estaba preparado para optar de forma decisiva por la nación por encima de los estados. El régimen federalista expresó esta ambigüedad creando un exquisito, aunque incierto, equilibrio entre elementos nacionales y elementos estatales en la estructura gubernamental[1]. En ninguna parte era más evidente esta ambigüedad que en el Artículo Cinco. Este texto presentaba al gobierno central y a los estados como copartícipes paritarios en el proceso de revisión constitucional. Un consenso nacional, por amplio o profundo que fuese, no generaría una norma de carácter superior a menos que los estados, actuando como tales, dieran su consentimiento libremente y por una mayoría abrumadora.

Fue precisamente esta premisa federalista la que cuestionaron los Unionistas de una forma cada vez más clara durante la década de 1860, una vez más para hacer frente a la pertinaz tensión entre el medio y el mensaje. Tanto la Decimotercera como la Decimocuarta Enmiendas eran reformas revolucionarias que obligaban al gobierno nacional a intervenir cuando los estados pisoteasen aquellos derechos recién definidos que tenían los estadounidenses en su calidad de estadounidenses. Estas contundentes afirmaciones de la condición de nación resultaron ser inalcanzables en el medio de una asociación entre estados basada en el Artículo Cinco. ¿Cómo tenían, pues, que actuar los Unionistas?

---

[1] Para una exposición clásica de este tema, véase *The Federalist*, núm. 39, C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit.

Igual que los Federalistas antes que ellos, no estaban dispuestos a permitir que una instrumentación de orientación estatal desacreditase su visión de una «Unión más perfecta». Al mismo tiempo, ni estaban dispuestos a imponer su visión por la fuerza militar, ni eran capaces de hacerlo. Igual que en el caso de la Fundación, la Reconstrucción emergería solo después de haber sido vigorosamente puesta a prueba por medio de un sistema de producción normativa de carácter superior que diese a sus oponentes una oportunidad amplia de movilizar a sus fuerzas políticas en el país. La diferencia entre la Fundación y la Reconstrucción reside en las instituciones utilizadas por los Unionistas para generar consenso. Para formular mi tesis en una sola línea: en vez de convocar una segunda convención de Filadelfia, los Unionistas adaptaron la separación de poderes entre Congreso, Presidente y Tribunal como nuevo instrumento para pulir la voluntad constitucional del pueblo estadounidense.

En retrospectiva, este desarrollo puede ser visto como una respuesta orgánica del sistema constitucional. Mucho antes de la Guerra Civil, la separación de poderes había estado completamente arraigada en el gobierno democrático ordinario, proporcionando a todos los agentes políticos unas pautas familiares de compromiso. Lo que cambió en 1860 no fue la separación de poderes, sino la agenda política nacional. Antes de la elección de Lincoln, el gobierno estaba dominado por unos líderes que trataban de desactivar la cuestión de la esclavitud mediante una serie de compromisos. Una vez que la victoria republicana de 1860 truncó estas esperanzas, ¿es realmente tan sorprendente que el pueblo estadounidense, ya socializado en la separación de poderes, utilizase estas pautas para abordar los nuevos problemas de la autodefinición nacional puestos en primer plano por la victoria de Lincoln?

Naturalmente, los Unionistas que vivieron durante la década de 1860 no gozaban de visión retrospectiva. Igual que los Federalistas antes que ellos, se encontraron con un sistema defectuoso de autoridad nacional y trataron desesperadamente de lidiar con las consecuencias adaptando los vocabularios constitucionales preexistentes para congregar a la nación tras ellos. Igual que en la década de 1780, este proceso de construcción de consenso comportaba algo más que el triunfo momentáneo de una sola institución. Si el Partido Republicano pretendía establecer que los estadounidenses eran ahora un Pueblo de los Estados *Unidos*, tendrían que defender y elaborar este punto de vista repetidamente frente a determinados oponentes conservadores que trataban de movilizar al Pueblo para defender las tradiciones más federalistas de la Constitución de 1787. Como en el caso de la Fundación, mi objetivo es elaborar este patrón dinámico de desafío institucional y respuesta no convencional.

El presente capítulo introduce un gran tema presentando la Decimotercera Enmienda como un caso típico de liderazgo presidencial. El Artículo Cinco no contempla que el Presidente desempeñe ningún papel en la revisión constitucional, pero como hemos visto, el Artículo Cinco no contiene la clave de la validez de las enmiendas de la Reconstrucción. Para alcanzar la comprensión necesaria hemos de confrontar las formas no convencionales con las que Lincoln y Johnson indujeron al Congreso a proponer –y a los estados a promulgar– la Decimotercera Enmienda. Sin reflexionar en el uso continuo que ambos hicieron de la autoridad presidencial, resultará imposible explicar cómo se aprobó la Enmienda, y mucho menos por qué es *legítimamente* interpretada como una expresión válida de Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos*.

Cuando pasamos a la Decimocuarta Enmienda, la dinámica constitucional sigue siendo no convencional pero adquiere un nuevo sentido por una razón muy simple: porque Andrew Johnson deserta de los Republicanos y transforma la Presidencia en el principal oponente de la reforma revolucionaria. Esto obliga a los Republicanos a replegarse en el bastión que sigue siendo para ellos el Congreso y a desarrollar un modelo de liderazgo presidencial que va mucho más allá del marco del Artículo Cinco. La Decimocuarta Enmienda obtiene en última instancia validez legal solamente porque los Republicanos consiguen adaptar la separación de poderes de una forma que permitiera al Congreso reivindicar de manera creíble que había sido él, y no el Presidente, el que había obtenido un mandato del Pueblo para ir decididamente más allá de la Decimotercera Enmienda en la forma expresada por la Decimocuarta.

Este cambio de la Presidencia a media carrera complicará el estudio de nuestro caso. En la Primera Parte, nos bastó seguir a los Federalistas mientras atravesaban un ciclo de creación constitucional, empezando en Annapolis y terminando en Rhode Island. Pero esta vez hemos de explorar dos giros del ciclo no convencional, primero cuando los Republicanos reivindican el liderazgo presidencial en la aprobación de la Decimotercera Enmienda, y luego cuando reivindican el liderazgo del Congreso en la promulgación de la Decimocuarta.

Para facilitar la comparación entre la década de 1860 y la de 1780, seguiré con el marco que emergió de nuestro estudio de la Fundación. El capítulo actual empieza con la elección de Abraham Lincoln en 1860 y en cómo esta elección hizo las veces de *señal* para una ronda intensiva de actividad constitucional no convencional; luego pasa a la Proclamación de la Emancipación por parte de Lincoln y a su utilización en las elecciones presidenciales de 1864 para proporcionar un mandato del Pueblo que legitimase la *propuesta* del Congreso de la Decimotercera Enmienda; a continuación a las formas en que Andrew Johnson utilizó el poder

presidencial para *desencadenar* un proceso no convencional de ratificación en los estados del Sur; después describe cómo el Presidente consiguió *obtener ratificaciones no convencionales* de los estados del Sur; y finalmente explica el papel desempeñado por la proclamación de Seward del 18 de diciembre de 1865 en la *consolidación* de la nueva enmienda. Si bien este esquema puede ser excesivamente previsible, téngase en cuenta la lógica funcional de cada paso: difícilmente podía decirse que el pueblo estadounidense estaba ejerciendo su soberanía popular sin una señal creíble de que los reformadores estaban planeando seriamente una transformación constitucional, sin conocer el perfil de la propuesta, etcétera[2]. Nuestro objetivo, en suma, es poner al descubierto la base pragmática recurrente del ejercicio de soberanía popular en Estados Unidos.

Dicho esto, los dos ciclos de la Reconstrucción comparten dos temas comunes que los distinguen de la Fundación. El primero es la importancia fundamental que tiene el rígido esquema electoral establecido por la Constitución. Pese a la existencia de una guerra realmente cruenta nadie se tomaba en serio la posibilidad de suspender las elecciones, que sirvieron como anclaje para el sistema en rápida evolución de la autoridad no convencional. En el período entre elección y elección, el Presidente y el Congreso podían lanzar iniciativas espectaculares y problemáticas en nombre del pueblo estadounidense. Pero todo el mundo sabía que estas iniciativas revolucionarias serían rechazadas si sus oponentes ganaban las siguientes elecciones.

Por la misma razón, si los reformadores se imponían en las urnas, su victoria incrementaría enormemente su autoridad constitucional. Los Republicanos podrían afirmar que sus iniciativas, encarnizadamente discutidas, habrían ahora sido sancionadas por un «mandato del Pueblo», y podrían utilizar este mandato para presionar agresivamente a las otras ramas del gobierno estadounidense, tanto a escala federal como estatal.

Estas afirmaciones populistas de poder serían luego transformadas por una segunda realidad básica. La mayor parte de los funcionarios estadounidenses son elegidos según un calendario fijo, pero no es el mismo calendario para todos. En consecuencia, es muy difícil que un movimiento político ascendente se imponga rápidamente en todos los centros relevantes del poder. A medida que los Republicanos iban ganando unas elecciones determinadas, se encontraban repetidamente con remanentes en otros centros de poder que contemplaban con mucho escepticismo sus afirmaciones de tener un mandato popular. Para los miembros de estas ramas conservadoras, los Republicanos parecían más unos demagogos irresponsables que los profetas inspirados de una nueva norma superior.

---

[2] Véase el capítulo 2.

Y sin embargo, los conservadores que quedaban no podían rechazar rápida y despreocupadamente la afirmación de los Republicanos de que tenían un mandato popular. Gracias al calendario electoral, los remanentes sabían que encontrarían su día del juicio popular en un futuro no muy lejano. Si la marea republicana no remitía ¿serían barridos en las urnas si no colaboraban ostentosamente con los portavoces del nuevo orden? En este caso, quizá sería más prudente que los remanentes colaborasen con los Republicanos si no querían perder su puesto de trabajo. Me referiré a esta opción como el «cambio a tiempo», y la veremos reaparecer con una frecuencia considerable.

Pero nada obligaba a los conservadores a cambiar. Siempre podían optar por seguir resistiendo: si reaccionaban a la afirmación republicana de autoridad con una defensa inspirada del viejo orden, ¿no podrían tal vez hacer recapacitar al Pueblo?

Esta elección –entre cambiar y luchar– surgirá en una variedad de contextos institucionales. Y las decisiones tomadas por las ramas conservadoras tendrán un efecto decisivo en la dinámica subsiguiente. Cuando los conservadores elegían cooperar con los Republicanos que tenían una postura más firme, el resultado era un efecto que hemos denominado de «subirse al tren», del mismo modo que en la Fundación, los reformadores revolucionarios incrementaron enormemente su credibilidad cuando los inmovilistas reconocieron que tenían un mandato popular. Cuando los conservadores resistían, el resultado era una intensificación del debate constitucional. Con la separación de poderes amenazando con producir un punto muerto entre conservadores resistentes y reformadores enérgicos, ambos bandos se vieron espoleados a alcanzar mayores índices de movilización popular en las siguientes elecciones. Solo ganando repetidamente este ciclo de elección popular y de confrontación institucional consiguieron finalmente los Republicanos obtener la autoridad constitucional necesaria para introducir la Decimotercera y la Decimocuarta Enmiendas en nombre de Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos*.

Pero, naturalmente, esta dinámica subyacente –y otras muchas cosas además– estaba oculta entre las brumas del tiempo cuando el Partido Republicano coronó su ascenso meteórico durante la década de 1850 nominando a Abraham Lincoln como candidato a la Presidencia. Igual que los Federalistas en su camino hacia la convención de Annapolis, los Republicanos en su camino hacia su Convención para la nominación no tenían la menor idea de lo que iba a suceder. Solo una cosa *tenían* clara Lincoln y su Partido: la situación existente tendía hacia el desastre a menos que el Pueblo tomase el control de su gobierno y lo encaminase en una dirección fundamentalmente nueva.

Primera fase: la señalización presidencial

Pasando a las elecciones de 1860, me centro primero en la Presidencia más que en Lincoln y considero hasta qué punto se había ya alejado de la concepción original de la Fundación. Uno de los principales temores de los Artífices era que la Presidencia se convirtiera en objeto de entusiastas movilizaciones populares a favor de cambios en los principios constitucionales. Convertir al primer magistrado en un tribuno popular facilitaría a los demagogos sin escrúpulos seguir el camino emprendido por César y por Cromwell que llevaba a la dictadura. Para responder a estos temores, los Artífices crearon un Colegio Electoral cuyo objetivo era impedir el paso a los personajes populistas a favor de hombres como Washington, cuyos servicios públicos anteriores habían establecido un patrón de resistencia a las tentaciones cesaristas. Era el servicio prestado en el pasado a la República y no la promesa de una gran transformación constitucional, lo que constituía la piedra de toque de la concepción de la Presidencia que tenía la Fundación.

Pero el Colegio Electoral, y el ideal que representaba, fue la primera baja importante de la historia constitucional, destrozada por una poderosa combinación de personalidad y organización. Las personalidades más destacadas eran Thomas Jefferson y Andrew Jackson, que empezaron a imprimir al cargo una serie de significados plebiscitarios. La organización principal era el partido de masas, para el que la contienda cuatrienal por la Presidencia se convirtió en el acontecimiento central. Después de la presidencia de Jackson, estas contiendas se centraron a veces en poco más que la personalidad y las redes clientelares. De todos modos, también funcionaban como una nueva correa de transmisión de la legitimidad populista, permitiendo al candidato presidencial vencedor reivindicar un mandato del Pueblo que hubiera horrorizado a los Fundadores. Esta transformación decimonónica fue solo parcial y gradual, especialmente juzgada con baremos del siglo XX. De todos modos, en la década de 1850 la presidencia plebiscitaria había alcanzado el suficiente peso histórico como para dar a la elección de Lincoln un carácter amenazador para el Sur. En vez de servir como un primer magistrado con limitaciones, ¿utilizaría el nuevo presidente su cargo para inaugurar una revolución constitucional a la manera de Jefferson o de Jackson?[3].

Cuando digo que la elección de Lincoln representó una función *señalizadora*, pretendo compararla con la Convención de Annapolis y con el Congreso Continental de la Fundación. Convocando la Convención de

---

[3] Véase James Ceasar, *Presidential Selection*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1979, cap. 1; Ralph Ketcham, *Presidents above Party*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1989, pp. 89-140. Los temas planteados en los dos últimos párrafos los discuto más detalladamente en un libro de próxima aparición, *The Roots of Presidentialism.*

Filadelfia, estos organismos no llegaron a hacer una propuesta constitucional concreta. De todos modos, hicieron algo muy importante: señalar que el nuevo movimiento había ganado suficiente autoridad política para exigir que los demás se tomasen en serio sus intenciones constitucionales. A mediados de siglo, la conquista de la Presidencia se había convertido asimismo en un símbolo de seriedad constitucional.

Sin este desarrollo resulta difícil entender por qué el Sur reaccionó tan alarmado ante los resultados electorales. Eligiendo a Lincoln, los Republicanos habían optado por un conciliador moderado en vez de candidatos más beligerantes como Seward o Chase[4]. La tendencia moderada de Lincoln se vería reforzada al no poder obtener más del 40 por 100 del voto popular[5]. Es más, los Republicanos siguieron siendo una minoría en el Congreso[6], y el Tribunal Supremo siguió siendo firmemente sudista en sus simpatías interpretativas. En estas circunstancias, la victoria de Lincoln no habría sido trascendental si la visión que tenía la Fundación de la Presidencia como el cargo del primer magistrado hubiese conservado su vitalidad.

Pero los sudistas tenían motivos para pensar que esta visión no se sostenía, y que las elecciones eran una señal de que el pueblo estadounidense, al menos en el Norte, ya no estaba dispuesto a permitir que los viejos compromisos con la esclavitud quedasen sin respuesta. Este significado plebiscitario catalizó una explosión de actividad de producción normativa de carácter superior por parte de los oponentes que trataban de impedir la emergencia de una nueva tribuna presidencial. Entre la elección de Lincoln en noviembre y su toma de posesión en marzo, los conservadores utilizaron el modelo federalista de tres maneras diferentes para eliminar las connotaciones transformadoras de la señal presidencial.

La producción normativa de carácter superior efectuada por instituciones ordinarias

El presidente Buchanan y el 36º Congreso, ambos al final de su mandato, empezaron inmediatamente a buscar el «Compromiso de 1860» elaborando

[4] Ludwell Johnson, *Division and Reunion: America 1848-1877*, Nueva York, Wiley, 1978, p. 63; Don Fehrenbacher, *Prelude to Greatness*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1962, p. 155; William Zornow, *Lincoln and the Party Divided*, Norman, University of Oklahoma Press, 1954, p. 24.

[5] El 39,9 por 100 de votos obtenidos por Lincoln fue el porcentaje más bajo de la historia de las elecciones presidenciales. David Potter, *Lincoln and His Party in the Secession Crisis*, New Haven (CT), Yale University Press, 1942, p. 112.

[6] Según un cálculo hecho en el Sur, los Republicanos tendrían solo veintinueve de los sesenta y seis escaños del Senado, y ciento ocho de los doscientos veintiocho escaños de la Cámara de Representantes. Dwight Dumond, *The Secession Movement, 1860-1861*, Nueva York, Macmillan, 1931, p. 130, nota 24. Otras fuentes otorgan treinta y un escaños en el Senado a los Republicanos, pero eso sigue siendo una minoría. Véase A. Schlesinger (ed.), *History of American Presidential Elections*, cit., vol. 2, p. 1124.

enmiendas constitucionales que neutralizasen el significado de las elecciones. A comienzos de diciembre, Buchanan sugirió una enmienda «explicativa» que, entre otras cosas, protegiese a la esclavitud en los estados y en los territorios[7]. Dado que los Republicanos habían llegado a la Casa Blanca con un programa que prohibía explícitamente la prolongación de la esclavitud[8], actuaron con decisión para proteger su «mandato». Esto es lo que dijo el senador republicano Ben Wade respondiendo a la iniciativa demócrata:

> Pero ¿qué compromiso quiere usted que firmemos, señor? Yo soy uno de los que ha defendido con todo el fervor los principios del gran Partido Republicano. Nos reunimos de una forma constitucional, igual que ustedes. Designamos a nuestros candidatos para presidente y vicepresidente, como hacen ustedes. Surgió la cuestión y la propusimos al pueblo. Aunque normalmente hemos estado en minoría, aunque normalmente hemos sido derrotados, sin embargo, esta vez, la justicia de nuestros principios y la mala administración que han hecho ustedes del gobierno, han convencido al pueblo de la necesidad de un cambio; y después de que ustedes se esforzaran al máximo y nosotros también, les derrotamos; y les derrotamos gracias a la cuestión más clara y palpable que se ha presentado nunca al pueblo estadounidense, y la que mejor se entiende [...]. Señor, no sé lo que harán otros, pero yo le digo que, con el veredicto del pueblo a favor del programa con el que se han presentado y han sido elegidos nuestros candidatos, por lo que a mí respecta, aguantaré lo que sea antes de firmar este compromiso[9].

Los conservadores no se dejaron impresionar[10]. Negaron que la victoria minoritaria de Lincoln equivaliese a un mandato de ningún tipo y trataron de forjar nuevos límites constitucionales para frenar el ascenso de los Republicanos. La iniciativa más importante fue la del paquete de enmiendas no enmendables del senador John J. Crittenden[11]. Su plan, más aún que el de Buchanan, desafiaba a los Republicanos autorizando la prolongación controlada de la esclavitud en los territorios. Dado que esta iniciativa

---

[7] J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 5, p. 638.

[8] Véase Harold Hyman, «The Narrow Escape from a "Compromise of 1860" Secession and the Constitution», en Harold Hyman y Leonard Levy (eds.), *Freedom and Reform: Essays in Honor of Henry Steele Commager*, Nueva York, Harper and Row, 1967, pp. 152-156.

[9] *Congressional Globe*, 36º Congress, 2nd Sess., 1860, pp. 99-104, citado en Albert Hart (ed.), *American History Told by Contemporaries, 1845-1900*, 4 vols., Nueva York y Londres, MacMillan, 1897-1906, vol. 4, pp. 199-201.

[10] Véase, por ejemplo, *Congressional Globe*, 36º Congress, 2nd Sess., 1861, p. 272 (congresista Cobb). Véase también J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 5, p. 628, para la caracterización que hace el presidente Buchanan de la victoria de Lincoln como «derivada de una mera pluralidad, no de una mayoría del pueblo, y como resultado de una serie de causas pasajeras y efímeras que muy probablemente jamás volverán a darse».

[11] D. Potter, *Lincoln and His Party in the Secession Crisis*, cit., pp. 105-110.

no tenía ninguna probabilidad de ser ratificada por las asambleas legislativas del Norte, Crittenden propuso que fuese ratificada por convenciones estatales[12]. Cuando los Republicanos trataron de liquidar la propuesta en comité[13], Crittenden subió al estrado con la demanda sin precedentes de celebrar un referéndum nacional:

> Señor, puede que estemos fascinados por nuestra política de partido y por las opiniones que ha generado, y que estemos obcecados en ella en contra de nuestra voluntad, pero apelo confiado a la gran fuente de la que deriva nuestro poder. Cuando el pueblo está en peligro, y también lo están sus instituciones, apelo a ellos con confianza. Si estamos en falta, si no podemos reunir la mayoría requerida aquí para proponer enmiendas a la Constitución que son necesarias para superar nuestras actuales dificultades, el pueblo sí puede hacerlo […][14].

Si bien Crittenden y William Bigler, los partidarios más explícitos del referéndum, presentaban el voto como más consultivo que vinculante, su propuesta tenía como objetivo suplantar el mandato electoral que alegaban tener los Republicanos[15]. Pero el Artículo Cinco no preveía la celebración de un referéndum directo. Aunque los Republicanos recibieron un auténtico bombardeo de peticiones a favor del compromiso[16], se negaron a respaldar la táctica evasiva de Crittenden respecto al Artículo Cinco, protegiendo la integridad de su mandato presidencial del intento no convencional de Crittenden de construir una señal alternativa y opuesta[17].

La Convención de Paz de Washington

Al mismo tiempo que se multiplicaban las iniciativas basadas en el Artículo Cinco, los estadounidenses trataban de salvar la Unión mediante una apelación directa al precedente establecido por la Convención de Filadelfia. Igual

---

[12] *Congressional Globe*, 36º Congress, 2nd Sess., 1860, p. 114.
[13] Véase D. Potter, *Lincoln and His Party in the Secession Crisis*, cit., pp. 170-176. Véase también Stephen Keogh, «Formal and Informal Constitutional Lawmaking in the United States in the Winter of 1860-1861», *The Journal of Legal History*, vol. 8, 1987, pp. 280-283, 286-288.
[14] *Congressional Globe*, 36º Congress, 2nd Sess., 1861, p. 237.
[15] Véase D. Potter, *Lincoln and His Party in the Secession Crisis*, cit., pp. 237, 351-352, que sugiere que la propuesta de Crittenden hubiese ganado probablemente en referéndum tanto en el Norte como en el Sur, *ibid*., pp. 189-200.
[16] *Ibid*., cap. 5.
[17] El fracaso de Crittenden dejó una propuesta encima de la mesa: la Enmienda Corwin, que habría consolidado constitucionalmente para siempre el derecho de los estados a la esclavitud dentro de sus fronteras. En 1861, Lincoln creía que esto estaba constitucionalmente asegurado, y la enmienda fue aprobada en ambas Cámaras el 2 de marzo por la requerida mayoría de dos tercios. La ratificación en los estados se vio interrumpida por el bombardeo de Fort Sumter el 12 de abril de 1861. Edward McPherson, *The Political History of the United States of America during the Great Rebellion*, Washington DC, Philp & Solomons, 1864, pp. 59-60.

que en la década de 1780, la convocatoria de una convención al estilo de la de Filadelfia vino de la Asamblea General de Virginia[18]. La respuesta fue abrumadora. Aparte de siete estados del Sur que ya se habían separado, todos los estados menos tres enviaron delegaciones a Washington, pese al hecho de que el Congreso no había autorizado la Convención en virtud del Artículo Cinco[19]. De un modo aún más notable, la Convención de Washington llegó pronto a un complejo compromiso constitucional. En febrero estaba ya preparada para someter su propuesta al Congreso saliente y a la nación[20].

Pero en este punto, el tren institucional sufrió un brusco parón. En una fase similar de la Fundación, el Congreso Continental acordó, tras un agrio debate, enviar a los estados[21] las propuestas de la Convención de Filadelfia. El mismo debate se repitió en el 36º Congreso, con Crittenden en el papel de James Madison, exhortando a sus colegas senadores a respetar la autoridad de la convención[22]. Pero los Republicanos rechazaron esta iniciativa solo horas antes de la toma de posesión de Lincoln[23]. De este modo, evitaban un retorno a los precedentes del siglo XVIII y preservaban el mandato del siglo XIX que creían haber ganado eligiendo a un Presidente.

Convenciones secesionistas

Mientras, los sureños estaban organizando con éxito «convenciones» que aprobaban ordenanzas secesionistas en nombre de Nosotros, el Pueblo.

---

[18] Robert Gunderson, *Old Gentlemen's Convention: The Washington Peace Convention of 1861*, Madison, University of Wisconsin Press, 1961, pp. 24-25.

[19] Arkansas estaba demasiado ocupada considerando la cuestión de la secesión como para enviar una delegación. Minnesota y Michigan, ambas incondicionalmente republicanas, consideraban la convención como un intento ilegal para obligar a hacer concesiones al Norte y se negaron a participar, *ibid.*, pp. 33-41.

[20] Sus propuestas era una variante del plan de Crittenden con una estrategia más elaborada para determinar el estatus legal de la esclavitud en los territorios. John J. Crittenden, *A Report of the Debates and Proceedings in the Secret Sessions of the Conference Convention for Proposing Amendments to the Constitution of the United States held at Washington D.C., in February A.D. 1861*, Nueva York, D. Appleton & Company, 1864, pp. 471-473; véase también S. Keogh, «Formal and Informal Constitutional Lawmaking in the United States in the Winter of 1860-1861», cit., pp. 288-292.

[21] Véase el capítulo 2.

[22] Según el senador Crittenden, «Nos han sometido estas enmiendas, y la cuestión es: ¿hemos de someterlas nosotros a los estados o no? Esta es a mi modo de ver la cuestión concreta y única. No nos impone ninguna obligación de sancionar estas enmiendas constitucionales proponiéndolas al pueblo […]. Ahora bien, la cuestión es si las resoluciones nos llegan con una sanción suficiente para constituir en nuestras mentes un motivo para remitir a los estados las enmiendas que los propios estados han solicitado. Esto es todo», *Congressional Globe*, 36º Congress, 2nd Sess., 1861 p. 1309. Sus oponentes adujeron, al modo de Richard Henry Lee en el Congreso Continental (véase el capítulo 3), que el Congreso no debía ceder su papel de legislador superior a un organismo irregular, *Congressional Globe*, 36º Congress, 2nd Sess., 1861, p. 1311.

[23] La propuesta fue rechazada por el Senado por siete votos a veintiocho, *ibid.*, p. 1405. Sus partidarios en la Cámara de Representantes no consiguieron la mayoría de dos tercios necesaria para suspender la norma de que fuese considerada en el hemiciclo, *ibid.*, p. 1333.

Vistas en retrospectiva, estas convenciones acabaron siendo los primeros pasos en la formación de la Confederación del Sur, aunque también eran iniciativas en el marco de la Unión Federal que invitaban a una renegociación pacífica de los términos básicos de la Constitución[24]. Esta era casi la primera vez que los estados individuales habían tomado medidas radicales, y legalmente problemáticas, para protestar por la política federal, y que la Unión había conseguido acoger sus protestas[25]. La primera oleada de secesión solo afectó a los siete estados del *Deep South* [el sureste de Estados Unidos], entre dudas generalizadas respecto a la escasa viabilidad económica y política de esta región. ¿Quién podía decir entonces si las «convenciones» del Sur provocarían otro intento de redefinir la vieja Unión en nombre de Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, un intento que podría ser creíble pese a su ilegalidad con respecto al Artículo Cinco?

Institucionalmente hablando, la respuesta estaba en manos del presidente de Estados Unidos. Si un proceso no convencional de acomodación era posible –y *no* estoy diciendo que lo fuera– habría requerido mucho más tiempo. Y fue precisamente esto lo que no permitió Lincoln. Mientras que el presidente Buchanan se había negado a dar una respuesta militar a la secesión[26], la decisión de Lincoln de reforzar Fort Sumter y Fort Pickens acabó con el proceso de la producción normativa de carácter superior[27]. No fue solo una elección presidencial que operó como una señal de producción normativa de carácter superior; fue una decisión presidencial que transformó decisivamente la actividad no convencional del Sur en un reto que pedía a gritos una solución militar.

---

[24] Jefferson Davis proclamó a su llegada a Montgomery el 16 de febrero de 1861: «No podemos establecer ahora ningún compromiso ni proceder a ninguna reconstrucción», Dunbar Rowland (ed.), *Jefferson Davis, Constitutionalist: His Letters, Papers and Speeches*, 10 vols., Jackson, Mississippi Department of Archives and History, 1923, vol. 5, p. 48. Pero otros reconocieron que no estaban aún quemados todos los puentes. Para una reveladora declaración del vicepresidente de la Confederación al final de la guerra, véase Alexander Stephens, *A Constitutional View of the Late War Between the States*, 2 vols., Filadelfia, National Publishing Company, 1868, vol. 1, p. 532.

[25] Una breve lista incluye las resoluciones de Kentucky y Virginia de finales de la década de 1790, la Convención de Hartford de 1814-1815, y el intento de Carolina del Sur de «invalidar» los aranceles federales en la década de 1830.

[26] Véase el Cuarto Mensaje Anual de Buchanan en J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 5, pp. 628-653.

[27] La relación entre Sumter y un compromiso pacífico lo ejemplifica la oferta que hizo Lincoln el 27 de febrero de 1861 a varios delegados del Sur en la Convención de Paz de Washington. El presidente electo ofreció evacuar el fuerte si la convención de Virginia, entonces en Richmond, se disolvía y el estado permanecía en la Unión, D. Potter, *Lincoln and His Party in the Secession Crisis*, cit., pp. 353-354.

Segunda fase: la propuesta

Dada la decisión del presidente, el estatus de las ordenanzas de la secesión se decidiría en el campo de batalla. Pero ¿había algo más en juego?

Al principio la respuesta era «no». Durante los primeros meses de la guerra, tanto el Presidente como el Congreso afirmaron inequívocamente que su objetivo era «preservar la Constitución tal como está y la Unión tal como estaba»[28]. Durante 1862, el Congreso fue reduciendo la esclavitud en el territorio de la Unión[29], pero fue solo la Proclamación de la Emancipación de 1 de enero de 1863 por parte del Presidente la que trató de establecer que todos los esclavos en territorio rebelde «tenían que ser liberados para siempre»[30].

---

[28] En su discurso de toma de posesión, Lincoln afirmó estar de acuerdo con una enmienda constitucional para que «el Gobierno Federal no interfiriese nunca en las instituciones domésticas de los estados», *Congressional Globe*, 36º Congress, 2nd Sess., 1961, p. 1433; J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, pp. 5-12. Cuatro meses más tarde, se reafirmó en este punto de vista, *Congressional Globe*, 37º Congress, 1st Sess., 1861, ap. 3; J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, pp. 30-31 (aunque los lectores más perspicaces detectarán algunas ambigüedades que aparecen en el texto). En la misma sesión, tanto la Cámara de Representantes como el Senado aprobaron la resolución Crittenden-Johnson: «Que esta guerra no se libra por su parte con ningún ánimo de opresión ni propósito de conquista o subyugación, ni con la intención de derrocar o de interferir en los derechos o en las instituciones establecidas de dichos estados [en rebeldía], sino para defender y mantener la supremacía de la Constitución y para preservar a la Unión con toda la dignidad, igualdad y derechos de los diversos estados intactos; y que tan pronto como estos objetivos se cumplan, la guerra debe terminar», H. R. Mis. Doc. Nº 17, 37th Cong., 1st Sess., 1861, p. 1; S. Misc. Doc. Nº 7, 37th Cong., 1st Sess, 1861, p. 1. Véase, en general, H. Belz, *Reconstructing the Union: Theory and Policy during the Civil War*, cit., p. 14 *et passim.*

[29] Durante la primavera de 1862 el Congreso aprobó cuatro leyes. El 13 de marzo prohibió que el ejército devolviera esclavos fugitivos, 12 *Stat*, 1862, p. 354. El 10 de abril estipuló indemnizar a los estados que intentasen la emancipación. 12 *Stat.*, 1862, p. 617. El 16 de abril abolió la esclavitud en el Distrito de Columbia, indemnizando a los propietarios leales. 12 *Stat.*, 1862, p. 376. Y el 19 de junio abolió la esclavitud en los territorios, 12 *Stat.*, 1862, p. 432. Véase James McPherson, *The Struggle for Equality*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1964, pp. 97-98.

[30] J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, pp. 157-158. Antes de que el Presidente actuase, el Congreso había aprobado dos Leyes de Confiscación. Las dos eran importantes, pero ninguna de ellas representaba un ataque directo a la esclavitud en el Sur. La Ley de 1861 confiscaba las propiedades de los rebeldes y los esclavos utilizados en la insurrección, pero no los liberaba expresamente a los esclavos. Suministraba defensa en los tribunales a los esclavos huidos «si habían sido utilizados para un servicio hostil contra el gobierno de Estados Unidos», 12 *Stat.*, 1861, p. 319. El senador Lyman Trumbull lamentó más tarde que «ni un solo esclavo había sido puesto en libertad [por esta ley]», *Congressional Globe*, 38º Congress, 1st Sess., 1864, p. 1313. La ley de 1862 era más amplia, pero seguía haciendo de la deslealtad del propietario una condición necesaria para la emancipación, 12 *Stat.*, 1862, p. 589. Aún peor, no especificaba con qué procedimientos judiciales podía determinarse esta deslealtad. Véase Patricia Lucie, *Freedom and Federalism*, Nueva York, Garland Publishing, 1986, cap. 2; J. McPherson, *The Struggle for Equality*, cit., pp. 72, 111-112, 247; J. Randall, *Constitutional Problems under Lincoln*, cit., pp. 357-363. Una vez más, no está claro si hubo algún esclavo que obtuviese la libertad en virtud de esta ley.

La Proclamación y sus problemas

Pese a esta contundente forma de expresarse, la Proclamación era un documento tentativo y problemático. Solo «emancipaba» a los negros allí donde no regía la ley escrita de la Unión, exceptuando concretamente a los cuatro estados esclavistas leales y a todas las áreas del Sur que estaban bajo el control militar de la Unión[31]. Aún peor, solo actuaba en virtud de una «necesidad militar», lo que permitió a los sureños argumentar, después de la guerra, que los poderes del Presidente como comandante en jefe no le autorizaban a hacer una revolución legal lejos del frente[32]. De hecho, la proclamación fomentó estas cuestiones. En vez de exhortar a los negros a desestabilizar el esfuerzo de guerra de los Confederados, «instaba a las personas así declaradas a ser libres de abstenerse de toda violencia, excepto en caso de necesaria autodefensa; y les recomiendo que en todos los casos en que esté permitido trabajen fielmente por un salario razonable»[33]. Jurisdiccionalmente ineficaz, constitucionalmente dudosa, la Proclamación de la Emancipación incluso reconocía a los propietarios de esclavos como legítimos poseedores de derechos de propiedad. Lincoln anunció que «a su debido tiempo recomendaría que todos los ciudadanos de Estados Unidos que hayan permanecido leales [...] sean compensados por todas sus pérdidas [...] incluida la pérdida de esclavos»[34].

Pero ninguna de estas advertencias debería hacernos desestimar el significado profundamente constitucional de la proclamación. Para la mayor parte de estadounidenses, la Proclamación es un símbolo comparable a la propia Constitución como hito de la libertad estadounidense. Pero para muchos juristas no tiene una significación similar. Esta brecha entre la interpretación popular y la legal se debe a la visión hipertextualista del proceso de enmienda. En el marco de la estructura del Artículo Cinco, la Proclamación

---

[31] Proclamación núm. 17, 12 *Stat.*, 1863, p. 1268; J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, p. 158. Los cuatro estados esclavistas eran Missouri, Kentucky, Maryland y Delaware.

[32] Para un esbozo de los argumentos a favor y en contra, véase James Welling, «The Emancipation Proclamation», *The North American Review*, vol. 130, 1880, p. 163; Richard Dana, «Nullity of the Emancipation Edict», *The North American Review*, vol. 131, 1880, p. 551. Para una buena selección de documentos, véase Hans Trefousse, *Lincoln's Decision for Emancipation*, Filadelfia, Lippincott Company, 1975.

[33] Lincoln continuó su petición de una conducta disciplinada y pacífica de los esclavos «emancipados», afirmando que «estas personas, de condición apropiada, serán recibidas en el servicio armado de Estados Unidos en cuarteles, comisarías y otras plazas, y en todo tipo de servicios en los navíos». Proclamación núm. 17, 12 *Stat.*, 1863, p. 1269; J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, pp. 157-159. De hecho, decenas de miles de esclavos cruzaron las líneas de la Unión para servir como soldados y colaborar en el esfuerzo bélico. Esto hizo posible una plausible, aunque no muy convincente, reclamación de necesidad militar en la futura defensa legal de la proclamación.

[34] La cita es de la proclamación preliminar del 22 de septiembre de 1862, J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, pp. 96, 98.

no es más que un preludio melodramático al verdadero asunto, que empieza dos años más tarde, el 31 de enero de 1865 con el 38º Congreso proponiendo la Decimotercera Enmienda. Pero si utilizamos el precedente de la Fundación, y no el texto, como nuestro marco de referencia, podemos ver la Proclamación como era: ni una decisión final ni un símbolo carente de sentido, sino una propuesta no convencional como la hecha anteriormente en Filadelfia. Del mismo modo que la Convención de 1787 precipitó un tren institucional que en última instancia dio a su propuesta un poderoso mandato del Pueblo, lo mismo hizo el presidente Lincoln.

Al pueblo: las elecciones de 1862 y 1864

El presidente anunció una proclamación preliminar el 22 de septiembre de 1861, dando a los rebeldes cien días para rendirse antes de perder sus esclavos el 1 de enero. Esta proclamación se convirtió en uno de los temas centrales en las elecciones de 1862[35]. ¿Haría perder el Pueblo con su voto el poder a los Republicanos en el Congreso, privando de apoyo a la propuesta del Presidente?

Una vez depositados los votos, la cuestión siguió abierta. Los Republicanos retuvieron el control sobre el Congreso y frustraron todos los intentos legislativos de reducir la importancia de la Proclamación, pero su mayoría en la Cámara de Representantes se había visto reducida de treinta y cinco a dieciocho escaños[36]. Pese a estos ambiguos resultados, Lincoln hizo su proclamación final el 1 de enero[37].

El país entró en erupción[38]. El acto de Lincoln fue anunciado por los sufridos abolicionistas como «un gran acontecimiento histórico, sublime en su magnitud, trascendental y beneficioso en el alcance de sus consecuencias»[39] y condenado por el Sur y los Demócratas como la realización de sus temores de 1860[40].

---

[35] Véase J. McPherson, *The Struggle for Equality*, cit., p. 119 y *Ordeal by fire*, cit., pp. 293-298; Phillip Paludan, *A People's Contest: The Union and Civil War, 1861-1865*, Nueva York, Harper & Row, 1988, cap. 4.

[36] Harold Hyman, «The election of 1864», en A. Schlesinger (ed.), *History of American Presidential Elections*, cit., vol. 2, p. 1163; J. McPherson, *Ordeal by Fire*, cit., p. 296.

[37] Como dijo Lincoln en su tercer mensaje anual al Congreso: «Con otros signos, las elecciones populares [de 1862] pusieron de manifiesto un cierto malestar entre nosotros [...]», J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, p. 188.

[38] J. McPherson, *The Struggle for Equality*, cit., p. 121.

[39] *Ibid*., p. 121, citando al abolicionista William Lloyd Garrison.

[40] El 11 de diciembre de 1862, el representante unionista George Yeaman, de Kentucky, presentó un proyecto de ley declarando inconstitucional el edicto. El proyecto de ley fue pospuesto indefinidamente este mismo día, *Congressional Globe*, 37º Congress, 1st Sess., 1862, p. 76, citado en E. McPherson, *The Political History of the United States of America during the Great Rebellion*, cit., p. 229. Asimismo, el representante demócrata Joseph Edgerton, de Indiana, presentó una resolución el 17 de diciembre de 1863 en la que decía: «A juicio de un gran número de fieles

El Presidente no se hacía ilusiones. Sabía que los Republicanos habían ganado las elecciones en 1860 con un programa que prohibía la prolongación de la esclavitud en los territorios, no la emancipación de los esclavos en los estados. Recordaba los argumentos de su discurso de toma de posesión, en la que negaba tanto su poder como su inclinación a interferir con la esclavitud en los estados[41]. En estas circunstancias, el «para siempre libres» de la proclamación podía durar hasta la siguiente elección presidencial. Si un Demócrata volvía a la Casa Blanca después de 1864, ¿qué le impedía hacer una nueva proclamación rechazando la emancipación?

El mensaje anual de Lincoln no fue especialmente tranquilizador. «*Mientras ocupe mi posición actual* no intentaré retirar o modificar la Proclamación de la Emancipación, ni devolveré a la esclavitud a ninguna persona que sea libre por los términos de esta Proclamación o en virtud de una ley del Congreso»[42]. Pero el Congreso tampoco estaba dispuesto a poner la acción del Presidente sobre un fundamento constitucional más sólido[43]. Los méritos de una enmienda constitucional formal se debatieron acaloradamente durante la primera sesión del Trigésimo octavo Congreso[44]. El Senado aprobó una versión en abril de 1864, pero los diputados Demócratas –que habían mejorado su representación en la Cámara baja en las elecciones de

---

ciudadanos, [estas medidas ejecutivas] tienen tendencia a dar a la rebelión "la ventaja de un tema cambiado" y "revigorizar la por otra parte declinante insurrección en el Sur" y prolongar la guerra». La resolución fue rechazada por noventa votos contra sesenta y seis. *Congressional Globe*, 38º Congress, 1st Sess., 1863, p. 45, citado en *ibid.*, p. 230.

[41] J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, p. 6.

[42] *Ibid.*, p. 190 (el subrayado es mío). Véase J. McPherson, *The Struggle for Equality*, cit., pp. 125-126, para inquietudes similares de los abolicionistas; *Congressional Globe*, 38º Congress, 1st Sess., 1864, pp. 1313-1314, para los argumentos del representante Trumbull sobre la necesidad de un refuerzo sustancial.

[43] Aunque los Republicanos intentaron repetidamente dar categoría de ley a la decisión del Presidente, no pudieron votarla. El 12 de enero de 1863, el representante James Wilson, de Iowa, presentó una resolución conjunta «para aprobar, ratificar y confirmar» la Proclamación de la Emancipación como medida de guerra. Languideció en el Comité Judicial, *Congressional Globe*, 37º Congress, 3rd Sess., 1863, p. 281, citado en E. McPherson, *The Political History of the United States of America during the Great Rebellion*, p. 230. El representante Isaac Arnold, de Illinois, presentó un proyecto de ley el 4 de diciembre de 1863 declarando constitucional la Proclamación de la Emancipación en virtud de los poderes de guerra del Presidente. Tuvo un destino similar, *Congressional Globe*, 38º Congress, 1st Sess., 1863, p. 20, citado en *ibid.*, pp. 229-230. El senador David Clark, de New Hampshire, presentó un proyecto de ley parecido el 10 de febrero de 1864. Fue remitido al Committe on Slavery and Freedmen [Comité sobre la Esclavitud y los Libertos], *Congressional Globe*, 38º Congress, 1st Sess., 1864, p. 553, citado en *ibid.*, p. 229. El senador Sumner, de Massachusetts, trató por cuarta vez de dar categoría legal a la proclamación el 1 de julio de 1864. Su proyecto fue derrotado rotundamente por once votos contra veintiuno, *Congressional Globe*, 38º Congress, 1st Sess., 1864, p. 3460, citado en *ibid.*, p. 318.

[44] Para un resumen de los debates, véase H. D. Hamilton, *The Legislative and Judicial History of the Thirteenth Amendment*, Urbana, University of Illinois Press, 1950, cap. 1; Henry Wilson, *History of the Antislavery Measures of the Thirty-seventh and Thirty-eighth United States Congresses*, Boston, Walker, Wise & Co., 1864, pp. 249-272.

1862– votaron en contra, impidiendo que se llegara a la mayoría necesaria de dos tercios. Admitiendo la derrota, el diputado James Ashley se negó a llevar la enmienda al hemiciclo para su reconsideración, pero con esta advertencia: «El documento está preparado y hemos de dirigirnos al país con el tema tal como está. Cuando se pronuncie el veredicto el próximo noviembre confío en que el Congreso volverá decidido a incorporarlo de forma permanente en la Constitución nacional. Comunico, por lo tanto, a la Cámara de Representantes y al país que retomaré esta propuesta lo antes posible después de nuestra reunión el próximo diciembre»[45].

Cuando hablaba Ashley, el futuro parecía sombrío. Con Grant atascado frente a Richmond y Sherman todavía lejos de Atlanta, la incertidumbre dominaba en el Norte. El programa del Partido Demócrata coqueteaba con la idea de una paz inmediata de los *copperhead* y su candidato, el general de la Unión George McClellan, se había pronunciado contra la emancipación. Los Republicanos estaban unidos tras el presidente pero con dificultad[46]. Pero una vez que Lincoln hubo consolidado su liderazgo, insistió en un programa que propusiese una enmienda constitucional para abolir la esclavitud y que aprobase «especialmente la Proclamación de la Emancipación»[47]. Con este tema integrado, las elecciones adquirían un significado especial. Harold Hyman lo expresa bien: «Lo que era diferente en 1864 era el fuerte interés de los votantes ordinarios en cuestiones de principio, en hombres y medidas, en causas y aspiraciones»[48].

Los Republicanos se hicieron con la victoria decisiva que previamente se les había escapado. Lincoln obtuvo el 55 por 100 del voto popular y derrotó a McClellan por un margen de doscientos doce a doce en el Colegio Electoral[49]. Al mismo tiempo, los Republicanos obtuvieron ciento cuarenta y cinco de los ciento ochenta y cinco escaños del Norte en la Cámara de Representantes y disponían de una mayoría absoluta de cuarenta y dos a diez en el Senado[50]. Dada la fuerte división entre Republicanos y Demócratas en la cuestión de la emancipación en el Congreso y durante la campaña, el partido victorioso «podía considerar su éxito en las urnas como un mandato popular a favor de la enmienda»[51].

---

[45] *Congressional Globe*, 38º Congress, 1st Sess., 1864, p. 3357.

[46] Tanto Chase como John Fremont trataban de sustituir a Lincoln como candidato del Partido Republicano. J. McPherson, *The Struggle for Equality*, cit., pp. 281-282; P. Paludan, *A People's Contest: The Union and Civil War, 1861-1865*, cit., pp. 249-252. El 23 de agosto de 1864 Lincoln estaba escribiendo: «Esta mañana, igual que en los últimos días, parece sumamente probable que este gobierno no sea reelegido», Roy Basler (ed.), *The Collected Works of Abraham Lincoln*, 10 vols., New Brunswick (NJ), University Press, 1953, vol. 10, p. 203.

[47] A. Schlesinger (ed.), *History of American Presidential Elections*, cit., vol. 2 pp. 1180-1181.

[48] *Ibid*., p. 1174.

[49] *Ibid*., p. 1175; J. McPherson, *Ordeal by Fire*, cit., pp. 456-458.

[50] *Ibid*., p. 456.

[51] W. Zornow, *Lincoln and the Party Divided*, cit., p. 166.

El cambio a tiempo

Lincoln se movió inmediatamente para transformar el discurso entusiasta del mandato popular en la forma duradera de una enmienda constitucional. No dijo «que las elecciones hubiesen impuesto el deber a los miembros de la Cámara de cambiar sus puntos de vista [sobre la Decimotercera Enmienda] […] pero la voz del Pueblo se ha dejado oír por primera vez sobre la cuestión»[52].

El Congreso saliente respondió positivamente, y con el propio Lincoln presionando a Demócratas clave[53], cambió lo suficiente para que la enmienda superase el umbral de los dos tercios. El demócrata Anson Herrick explicaba de este modo por qué había cambiado su voto:

> Despojada de todos los aspectos secundarios, la cuestión principal presentada al pueblo [en las elecciones de 1864] para que tomase su decisión era si la esclavitud tenía que ser abolida y los estados secesionistas obligados a jurar lealtad a la Constitución, tal como ahora se propone que sea enmendada, o si la guerra debería concluir rápidamente y la tutela de la Constitución descartada en el sistema social del Sur. Una gran mayoría del Pueblo ha dado su aprobación a la política de la Administración sobre la cuestión de la esclavitud, y yo ahora estoy dispuesto a doblegarme en sumisión al mandato popular[54].

El 31 de enero de 1865, la Cámara de Representantes se unió al Senado para proponer la Decimotercera Enmienda[55].

Este era un hito importante, y deberíamos ser claros acerca de su papel exacto. La acción del Congreso no se requería para dar a conocer a los estadounidenses que la emancipación se había convertido en el tema constitucional central en la agenda de la nación: la Proclamación del Presidente *ya* lo había hecho. Tampoco sirvió para asentar la enmienda propuesta sobre unos fundamentos legales impecables. Dado que la guerra todavía

---

[52] J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, p. 252.

[53] Edward Gambill, *Conservative Ordeal: Northern Democrats and Reconstruction, 1865-1868*, Ames, Iowa State University Press, 1981, p. 21.

[54] *Congressional Globe*, 38º Congress, 2nd Sess., 1865, p. 525. Para una valoración similar por parte de los Republicanos, véanse los comentarios de Orth, 38º Congress, 2nd Sess.; Highby, *ibid*., p. 155; Scofield y Broomall, *ibid*., pp. 144, 220; y Davis, *ibid*., p. 155. Por supuesto, también había Demócratas negacionistas. Véase, por ejemplo, Cravens, *ibid*., p. 220. No estoy sugiriendo que las elecciones fuesen el único factor en juego. El Presidente también utilizó su influencia con ventaja. Véase H. Trefousse, *Lincoln's decision for Emancipation*, cit., p. 56. Pero ya lo había hecho antes sin que tuviese un efecto decisivo.

[55] El apoyo total de los Republicanos, diecisiete votos a contrapelo de representantes demócratas y unionistas y ocho abstenciones de los primeros arrojaron una mayoría de ciento diecinueve contra cincuenta y seis votos, P. Lucie, *Freedom and Federalism*, cit., p. 117.

estaba en una fase encarnizada, «Congreso» era el nombre de una asamblea que solo representaba a veinticinco de los treinta y seis estados de la Unión, y los Demócratas utilizaron este hecho para negar que una propuesta formal fuese constitucionalmente apropiada[56].

Seguramente es mejor ver la decisión del Congreso como parte del intento de los Republicanos de crear un tren institucional similar al generado en la Fundación, pero esta vez era un tren construido con materiales institucionales que no habían sido creados hasta 1787. En el marco de este patrón emergente, la Presidencia y el sistema de elecciones nacionales habían empezado a interactuar juntos para generar una poderosa dinámica legitimadora. Para cuando el Congreso hubo actuado, la proclamación no convencional del Presidente había catalizado un debate nacional de amplio alcance que ya había determinado el significado de dos elecciones generales. Cuando el liderazgo presidencial se encontró finalmente con la decisiva respuesta de los votantes en 1864, los Republicanos pudieron afirmar que en aquel asunto había algo más que una victoria política normal.

Anticipándome a previsibles malentendidos, no deseo presentar las elecciones de 1864 como un plebiscito definitivo del tipo habitual en la práctica constitucional europea. Había algo más sutil en juego. Al proporcionar al partido de la reforma revolucionaria una victoria decisiva en las urnas, las elecciones dieron a los reformadores un nuevo impulso en su lucha con las instituciones conservadoras, en este caso con la Cámara de Representantes. Paradójicamente, esto convirtió a los conservadores en los árbitros de la existencia del «mandato». Si los diputados demócratas se hubiesen mantenido firmes en su rechazo de la Decimotercera Enmienda, el Presidente se habría encontrado en una posición terriblemente frágil en las grandes batallas constitucionales que le deparaba el futuro. Pero al permitir que el Congreso hiciese un «cambio a tiempo» en respuesta a las elecciones, los Demócratas incrementaron enormemente las reivindicaciones plebiscitarias de los Republicanos. Con el cambio del Partido Demócrata, el discurso republicano de un mandato ya no podía descartarse como propaganda política ordinaria. *¿Por qué iba a cambiar la institución conservadora sino porque los amigos tradicionales de la esclavitud estaban empezando a reconocer, si bien a regañadientes, que el Pueblo estadounidense había determinado emancipar a los negros?*

Esta es, por supuesto, la misma lógica no convencional que vimos funcionar en la Fundación. Esquematizando el efecto de «subirse al tren» hasta ese momento: El Presidente hace (1) una proclamación preliminar que

---

[56] Véase, por ejemplo, *Congressional Globe*, 38º Congress, 1st Sess., 1864, p. 2981 (congresista Mallory). Los Republicanos adujeron que los estados del Sur no podían quejarse de una acción del Congreso tomada en su ausencia *voluntaria*, *ibid.*, p. 2955 (congresista Kellogg).

(2) es seguida por unos resultados ambiguos en las elecciones de medio mandato, (3) pero el Presidente continúa con su liderazgo presidencial haciendo una proclamación final que (4) el Congreso se niega a reforzar hasta (5) la arrolladora victoria Republicana de 1864, que lleva inmediatamente a (6) la propuesta formal de la Decimotercera Enmienda.

Un gesto formalista

Dado que el liderazgo presidencial había sido el motor de este proceso, había una lógica profunda en el siguiente paso de Lincoln. Durante el período prebélico, el Presidente nunca había participado formalmente en el proceso del Artículo Cinco. Aunque la Constitución requería que las dos Cámaras le presentasen «*todas* las órdenes, resoluciones o votos»[57], esta no era la práctica temprana para las enmiendas constitucionales. Las propuestas del Congreso eran enviadas directamente a los estados para su ratificación sin la firma del Presidente. Esta práctica, confirmada por una decisión poco clara del Tribunal Supremo de 1798[58], reflejaba la interpretación original del Presidente como primer magistrado aislado de las llamadas plebiscitarias al Pueblo.

Dado el papel central de Lincoln en la generación del mandato popular para la emancipación, es enteramente apropiado que rompa con estos tempranos precedentes basados en un modelo diferente de la Presidencia. Aunque la decisión de Lincoln de firmar la enmienda propuesta provocó una protesta del Capitolio, hoy sigue siendo un símbolo formal de una profunda transformación en el sistema de producción normativa de carácter superior[59].

---

[57] La única excepción textual autoriza a suspender las decisiones del Congreso. Véase Artículo 1, sec. 7.

[58] La sentencia de un solo párrafo del Tribunal Supremo en *Hollingsworth v. Virginia*, 3 U.S. (3 Dall.), 1798, p. 378, rechazaba el ataque de un litigante privado a la Undécima Enmienda porque faltaba la firma del Presidente. Nadie sabe cómo habría respondido el Tribunal a una demanda del Presidente exigiéndola.

[59] El 7 de febrero el senador Trumbull denunció la decisión del Presidente y presentó una resolución afirmando que la presentación a este de la enmienda propuesta era un error, *Congressional Globe*, 38º Congress, 2nd Sess., 1865, p. 629. Después de que el senador Reverdy Johnson defendiese la participación del Presidente sobre una base textual, el Senado aprobó la resolución de Trumbull con un voto no documentado. No he encontrado un debate similar en la Cámara de Representantes. Lincoln tampoco intentó una defensa durante el breve tiempo durante el que sobrevivió. Lo único que tenemos es una copia de su firma en la resolución conjunta, reproducida en R. Basler (ed.), *The Collected Works of Abraham Lincoln*, cit., vol. 8, p. 253.

El desencadenante presidencial

Compárese el momento en que Lincoln firmó la Enmienda con el día, dos años antes, que firmó la Proclamación. Gracias al efecto de «subirse al tren» la emancipación ya no era el acto unilateral de un solo poder; se había convertido en la propuesta solemne de *todos* los poderes políticos del gobierno nacional. El Congreso había fortalecido la proclamación tanto sustancial como institucionalmente. La enmienda proponía liberar a todos los esclavos, incluidos los de los estados que habían permanecido leales a la Unión.

Pero su futuro no estaba asegurado. Ampliando la propuesta de la Proclamación para que abarcase a toda la nación, el Congreso incrementó el riesgo de que los estados del Norte la rechazasen, como ocurrió en Delaware el 8 de febrero, en Kentucky el 24 de febrero, y en Nueva Jersey el 16 de marzo[60]. Estos rechazos, a su vez, facilitaron a los once estados del Sur subirse al tren del rechazo cuando regresaron a la Unión.

Las sombrías perspectivas las dramatizó la primera reacción de Lincoln a la noticia de la aprobación de la Enmienda por el Congreso. Tanto él como Seward estaban a bordo del *River Queen* discutiendo el fin de las hostilidades con los comisionados de la Confederación. William McFeely proporciona un buen relato de ese momento:

> Durante la discusión, se dijo a los Confederados que la Decimotercera Enmienda ya había salido de la Cámara de Representantes y había sido enviada a los estados para su ratificación […]. Lincoln reafirmó su postura de que no toleraría que volvieran a la esclavitud personas que habían sido liberadas en virtud de la Proclamación de la Emancipación, pero escuchó al secretario de Estado sugerir que «si los estados del Sur regresan a la Unión […] con su propia fuerza y con la ayuda de las conexiones que formarán con otros estados, esta enmienda será derrotada».
>
> En este punto Lincoln hizo una sugerencia muy diferente a su viejo amigo *whig* Stephens: «Si estuviera en Georgia iría a ver al gobernador y le diría que reuniese a la Asamblea legislativa y que retirase a las tropas estatales del frente […] y que ratificase la Enmienda Constitucional de manera prospectiva para que surtiese efecto, digamos, en un período de cinco años[…]. La esclavitud está condenada».
>
> Lincoln reiteró luego su apoyo a la Proclamación de la Emancipación y dijo que no permitiría a nadie que hubiese sido liberado por ella que volviese a ser esclavizado. Sin embargo, cuando Stephens le cuestionó,

---

[60] Nueva Jersey cambió su decisión y ratificó la Decimotercera Enmienda el 23 de enero de 1866. Mucho más tarde, Delaware, el 12 de febrero de 1901, y Kentucky, el 18 de marzo de 1976, también la cambiaron. *U.S. Code Annotated*, Const. Amend. XIV.

> estuvo de acuerdo en que la Emancipación era una medida de guerra y le concedió que aquellos que no hubiesen sido liberados cuando se estableciese la paz podrían seguir siendo esclavos a ojos de la ley[61].

Estas observaciones se hicieron en secreto y puede descartarse que fuese una estrategia negociadora. Como mínimo, sugieren ansiedad respecto a las perspectivas de la ratificación. Lo mismo puede decirse de la última intervención pública de Lincoln, en la que hizo una defensa de su política de reconstrucción en Luisiana contra los críticos radicales. En su discurso reconoció la existencia de muchas insuficiencias pero concluyó de un modo cauteloso:

> De nuevo, si rechazamos a Luisiana, estamos rechazando un voto a favor de la Enmienda propuesta a la Constitución nacional. Se ha dicho que para satisfacer esta proposición, son necesarios no menos de tres cuartas partes de aquellos estados que no han intentado la secesión para ratificar válidamente la enmienda. No me comprometo personalmente en contra de esta postura más allá de decir que dicha ratificación sería cuestionable y seguramente persistentemente cuestionada; mientras que una ratificación de las tres cuartas partes de todos los estados sería incuestionada e incuestionable[62].

Estamos llegando al mismo momento de la verdad al que llegó la Convención de Filadelfia cuando rompió con el sistema de ratificación preexistente establecido por los Artículos de Confederación. Como vimos, incluso un aventurero como Hamilton palideció ante la posibilidad de una ruptura decisiva, pero finalmente se subió al carro. La permanente confrontación de Lincoln la interrumpió bruscamente la bala de John Wilkes Booth. Pero el problema no desaparecería: ¿sería ratificada la Decimotercera Enmienda gracias a los votos puramente norteños? ¿Permitirían pasivamente las instituciones nacionales que los once estados del Sur votasen la Decimotercera Enmienda de la manera que les pareciese más conveniente, en un sentido o en otro? ¿O se encontraría una solución no convencional al problema del desencadenante?

Mientras una nación aturdida lloraba la pérdida de Lincoln, una cosa estaba clara: la Presidencia no había muerto y continuaría ejerciendo el liderazgo constitucional. En vez de convocar una sesión especial del Congreso, Andrew Johnson permitió que el calendario constitucional siguiera su curso. Transcurrirían siete meses entre el asesinato de Lincoln en abril y la primera sesión del 39º Congreso en diciembre. Durante este período la Presidencia sería el único portavoz autorizado del gobierno de

---

[61] William McFeeoy, *Grant*, Nueva York, W. W. Norton and Co., 1981, pp. 205-206.
[62] «Last Public Address», R. Basler (ed.), *The Collected Works of Lincoln*, cit., vol. 8, pp. 399, 404.

Estados Unidos, y Johnson utilizaría todos sus poderes, que eran muchos, para garantizar la pronta ratificación de la Decimotercera Enmienda.

Si bien Lincoln había construido previamente gobiernos estatales leales en Arkansas, Luisiana, Tennessee y Virginia, correspondió a Johnson establecer una política provisional para los restantes siete estados del Sur[63]. Respondió con una combinación estratégica de elementos legales y extralegales. Determinados aspectos de su Proclamación de Carolina del Norte –que sirvió de modelo a los otros seis estados– proporcionaban la apariencia de legalismo si el experimento del Presidente tenía éxito y el Sur ratificaba rápidamente la Decimotercera Enmienda. Desde este punto de vista, el aspecto crucial de la Proclamación era su decisión de tratar a los estados como si nunca hubiesen abandonado legítimamente sus constituciones prebélicas. Al convocar una nueva convención constitucional, la proclamación especificaba que las únicas personas que podían votar por los delegados, o participar como tales, eran aquellos ciudadanos cualificados para votar «de acuerdo con la Constitución y las leyes del estado de Carolina del Norte que estaban en vigor inmediatamente antes del día 20 de mayo de 1861, fecha de la denominada ordenanza de secesión». Fundamentalmente, esto significaba que solamente los blancos podían aprobar la enmienda; formalmente, parecía prever la restauración legalista de la autoridad constitucional preexistente.

Pero las apariencias eran engañosas. Las proclamaciones estaban creando simultáneamente conceptos e instituciones que contradecían sus legalismos. Textualmente, el elemento no convencional más importante era introducido por la recurrente insistencia de que solamente los ciudadanos «leales» de cada estado podían participar en el proceso de la restauración unionista. Para proporcionar un marco de referencia a esta «lealtad», Johnson hizo una segunda proclamación solicitando un juramento de amnistía de todos aquellos que quisieran acceder al perdón presidencial. Con este sistema, Johnson seguía los pasos de Lincoln, pero con una diferencia clave. Lincoln solamente exigía que los declarantes jurasen que: acataré fielmente todas las leyes referentes a los esclavos aprobadas por el Congreso durante la rebelión existente, *siempre y cuando no fuesen rechazadas, modificadas o invalidadas por el Congreso o por una decisión del Tribunal Supremo*; que, igualmente, acataré y apoyaré fielmente todas las proclamaciones del Presidente hechas durante la rebelión existente y que hagan referencia a los esclavos, *en la medida en que no sean modificadas o invalidadas por una decisión del Tribunal Supremo*. Con la ayuda de Dios[64].

[63] Véase capítulo 4, nota 1.
[64] J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, pp. 213-214 (el subrayado es mío).

El juramento de amnistía de Johnson requería:

> Yo, ………., juro (o prometo) solemnemente, en presencia de Dios Todopoderoso, que desde este momento apoyaré, protegeré y defenderé la Constitución de Estados Unidos y de la Unión de los Estados que la forman, y que *igualmente acataré y apoyaré fielmente todas las leyes y proclamaciones que se hayan hecho durante la rebelión existente con referencia a la emancipación de los esclavos*. Con la ayuda de Dios[65].

Un perdón, según Johnson, requería ahora apoyo incondicional a la Proclamación de la Emancipación, idéntica a la lealtad debida a la propia Constitución.

El carácter notable de esta demanda fue ampliamente percibido en su momento[66]. Para que se entienda bien esto consideremos un caso hipotético en un contexto más contemporáneo. Supongamos que durante la siguiente década el movimiento feminista trata de asentar el derecho al aborto sobre una base más sólida promulgando una enmienda a favor de la libertad de elección. Tras varios años de lucha política se está aproximado a su objetivo: el Congreso ha propuesto una enmienda y la mitad de las asambleas legislativas estatales la han ratificado. Pero este éxito político solo ha servido para impeler a sus oponentes a adoptar medidas más violentas. Las manifestaciones antiabortistas han degenerado en unos disturbios de masas que han obligado a las tropas federales a restablecer el orden. Con las cárceles llenas a rebosar, el Presidente –que ha llegado a la Casa Blanca con un programa en el que se defendía la libertad de elección– medita cuál ha de ser su siguiente paso. Citando la acción de Andrew Johnson como precedente ofrece una amnistía a todos los antiabortistas encarcelados, siempre que estén dispuestos a jurar que «acatarán y apoyarán fielmente *Roe v. Wade* y todas las demás leyes referentes al aborto». Si se niegan a firmar, el Presidente les amenaza con largas condenas de cárcel. Los antiabortistas firman y al salir de la cárcel van directamente a los tribunales, exigiendo la condonación de las restricciones a la participación política derivadas del juramento que han hecho. ¿Acaso el Tribunal Supremo no daría la razón a los antiabortistas?

No niego que los Presidentes tienen amplia discreción para conceder perdones condicionales, pero no cuando ello afecta al núcleo mismo de la Primera Enmienda, especialmente cuando el Presidente está tratando de silenciar a la oposición en un momento crítico: el momento en que el destino de una iniciativa de producción normativa de carácter ha de ser determinado en nombre del Pueblo. Y sin embargo esta era la razón

---

[65] *Ibid*., pp. 310-311 (el subrayado es mío).

[66] Véase *New York World*, 30 de mayo de 1865; *The Hartford Daily Times*, 31 de mayo de 1865; *Chicago Times*, 31 de mayo de 1865.

del juramento de amnistía de Johnson interpretado en conjunción con la Proclamación de Carolina del Norte.

El Presidente, en suma, estaba implicado en una operación desencadenante no convencional. Insistiendo en que Carolina del Norte fuese organizada por «personas leales a Estados Unidos», y definiendo la lealtad de un modo que comportaba apoyar la emancipación, el Presidente había cambiado la línea base constitucional respecto a la establecida por el Artículo Cinco. Según el Artículo Cinco, las asambleas legislativas estatales son libres de aceptar o de rechazar una enmienda propuesta sin poner en peligro su posición en la Unión. Pero esta no era la opción presentada por el Presidente y sus agentes: los legisladores del Sur podía ejercer su veto del Artículo Cinco y rechazar la Decimotercera Enmienda *solo a costa de pasar ellos mismos y sus estados por desleales a la Unión*.

Pero el Presidente no se contentó con las sutilezas de la implicación legal. Creó un poderoso gobernador provisional en cada estado del Sur para que representase el interés nacional, como eligió definirlo el Presidente. Tal como se establece en la Proclamación de Carolina del Norte, el papel del gobernador se define de un modo bastante exhaustivo: tenía que proceder «en el período más breve posible» a supervisar la selección de delegados a una convención para «permitir a las personas leales del estado de Carolina del Norte que restablezcan las relaciones constitucionales de dicho estado con el Gobierno federal y para que presenten la forma republicana del gobierno del estado que garantice su funcionamiento». Pero como veremos, el Presidente amplió estos poderes cuando la campaña por la ratificación empezó a estancarse. En suma, el Presidente había desarrollado un nuevo tipo de dispositivo desencadenante –llamado *deslegitimación no convencional*– que reaparecerá en futuras crisis de la historia estadounidense.

Hablando en general, los sureños blancos respondieron al proyecto del Presidente buscando una solución inmediata. No eligieron a activistas confederados como delegados a la convención. Pero también negaron su apoyo a un liderazgo blanco comprometido con principios republicanos avanzados de igualdad racial. Las asambleas legislativas y las convenciones sureñas de 1865 estuvieron generalmente dominadas por «confederados renuentes», que se habían alineado con sus estados durante la guerra, pero que se habían mostrado fríos o se habían opuesto a la desunión antes de la secesión. Estos hombres no estaban dispuestos a sacrificar sus posiciones de liderazgo emergente expresando su conformidad con un *diktat* federal que sus electores consideraban ilegítimo[67]. Pensaban tener una opción en asuntos como el de la Decimotercera Enmienda.

---

[67] Véase M. Perman, *Reunion Without Compromise: The South and Reconstruction, 1865-1868*, cit. Para un estudio global de los datos de las elecciones, véase Dan Carter, *When the War Was Over*, Londres y Nueva York, Longman, 1985, cap. 3.

Pero no era una opción decidida dentro del marco de la asociación del Estado federal prevista por los Federalistas del siglo XVIII.

Ratificación no convencional

Para bosquejar las sutilezas de la acción desencadenante presidencial, sigo el rastro de papel dejado por Johnson en dos estados, uno que rechazó la Decimotercera Enmienda y otro que la ratificó.

Misisipi

Cuando empezó la primera convención sureña en Misisipi, Johnson envió un telegrama a William Sharkey, el gobernador provisional:

> Oficina Ejecutiva
> Washington DC
> 15 de agosto de 1865
> Gobernador W. L. Sharkey, Jackson, Misisipi
>
> Me llena de satisfacción ver que usted ha organizado su convención sin dificultad. Confío en que su convención enmendará sin dilación su constitución estatal, aboliendo la esclavitud y negando a las futuras asambleas legislativas el poder de legislar que un hombre pueda ser una propiedad; y también que adoptará la enmienda a la Constitución de Estados Unidos que introduce la abolición de la esclavitud. Si puede usted extender el derecho al voto a todas las personas de color que sepan leer la Constitución de Estados Unidos en inglés y escribir su nombre, y a todas las personas de color que posean bienes raíces valorados en no menos de doscientos cincuenta dólares y que paguen los impuestos correspondientes, desarmará completamente al adversario y dará un ejemplo que otros estados seguirán. Esto puede hacerlo usted con toda seguridad, y de este modo situará a los estados del Sur, respecto a las personas de color, en la misma base que los estados libres. Confío en que su convención hará todo esto y que, en consecuencia, los radicales que tratan de impedir el voto de los negros, se verán completamente frustrados en sus intentos de evitar que los estados del Sur renueven sus relaciones con la Unión no aceptando a sus senadores y representantes.
>
> Andrew Johnson[68].

---

[68] Este y otros telegramas subsiguietes pueden encontrarse en el «Presidential Message» al Senado del 6 de marzo de 1866, Exec. Doc. 26, 39th Cong., 1st Sess., 1866. El telegrama de Misisipi está en la p. 229.

El análisis textual minucioso sugiere la complejidad de la situación emergente. Aunque este telegrama adquirió rápidamente fama en todo el Sur (y en toda la nación)[69], está dirigido oficialmente solo a la persona designada por Johnson: «Me llena de satisfacción ver que *usted* ha organizado su convención sin dificultad. Confío en que *su* convención enmendará sin dilación […]». Los posesivos establecen astutamente una relación jerárquica: la convención es identificada como una creación del gobernador provisional, del mismo modo que el gobernador provisional es una creación del Presidente.

Pero el Presidente no utiliza el modo imperativo. «Confía» en que la ratificación de la Decimotercera Enmienda se producirá «sin dilación», dejando a su agente que exhorte a «su» convención a cumplir. El carácter casi imperativo de este «confío» se clarifica al compararlo con las observaciones del Presidente sobre el sufragio negro. Está dando claramente a los delegados más libertad de acción, aunque no deja de señalar la potente amenaza de una deslegitimación no convencional por parte del Congreso.

La complejidad y la ambigüedad del papel presidencial se incrementan con la siguiente ronda de correspondencia. El gobernador Sharkey señala que el deseo del Presidente de que la convención ratifique la Decimotercera Enmienda es inconsistente con el hecho de que el Congreso haya dicho que las *asambleas legislativas* estatales eran las que tenían que hacer este trabajo. Vale la pena considerar la respuesta del Presidente:

> Su convención puede adoptar la enmienda a la Constitución de Estados Unidos o recomendar su adopción por la asamblea legislativa. Usted es sin duda consciente del cambio que se está produciendo en los intentos en el Sur de restablecer gobiernos estatales por los extremistas del Norte; de ahí la importancia de ser rápidos y circunspectos en todo lo que se haga.

Las medidas que se tomen en Misisipi ejercerán una poderosa influencia en los demás estados que han de actuar después[70].

Nótese la afirmación no convencional de la autoridad presidencial para desplazar un explícito juicio desencadenante del Congreso. Pero pese al apremio del Presidente, «los misisipianos leales» se niegan a actuar con precipitación. Si bien la convención revoca la ordenanza de secesión del estado y enmienda la constitución prebélica para abolir la esclavitud, deja en manos de la asamblea legislativa el destino de la enmienda federal. Tan pronto como esta asamblea se reúne, el Presiente renueva sus demandas:

---

[69] E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., pp. 200-201.
[70] «Presidential Message», Exec. Doc. 26, 39th Cong., 1st Sess., 1866, p. 230.

Oficina Ejecutiva
Washington DC
1 de noviembre de 1865

Gobernador Provisional Sharkey, Natchez, Misisipi:

Es muy importante que la asamblea legislativa adopte la enmienda a la Constitución de Estados Unidos aboliendo la esclavitud. La acción de la asamblea legislativa de Misisipi es contemplada con mucho interés en este momento, y la no adopción de la enmienda produciría la creencia de que la acción de la convención aboliendo la esclavitud será en lo sucesivo revocada por la misma asamblea. El argumento es: si la convención abolió la esclavitud de buena fe, ¿por qué debería la asamblea legislativa dudar a la hora de convertirla en parte de la Constitución de Estados Unidos?

Confío en que Dios hará que la asamblea legislativa adopte la enmienda, y que de este modo quede despejado el camino para la admisión de senadores y representantes en sus escaños del presente Congreso.

Me congratulo de su elección y de la de su colega para un puesto en el Senado.

Andrew Johnson[71].

Los misisipianos respondieron poniendo en evidencia al Presidente. El 2 de diciembre de 1865 rechazaron solemnemente la Decimotercera Enmienda. En un mensaje formal[72], la asamblea legislativa señala que la convención ya ha enmendado su constitución estatal aboliendo la esclavitud y que por lo tanto la Decimotercera Enmienda no era legalmente necesaria para liberar a los misisipianos negros. Además, condena como positivamente peligrosa la segunda parte de la enmienda, que autoriza al Congreso a «obligar a cumplir este artículo mediante la legislación apropiada»:

No podemos anticipar qué interpretación darán futuros Congresos a esta sección de la enmienda. Podría decirse que sería «apropiado» que el Congreso legislase con respecto a los libertos de este estado. Difícilmente podemos imaginarnos una cesión de poder más peligrosa […]. Nos inquieta que si esta segunda sección es incorporada a la Constitución, radicales y extremistas podrán desconcertar y hostigar aún más al país con el pretexto de que la libertad de los hombres de color no será perfecta y completa hasta ser elevada a la igualdad social y política con los blancos. La tendencia de esta sección es la de integrar en el gobierno federal los derechos reservados al estado y al pueblo, alterar el equilibrio de los estados en la Unión y quebrar la autoridad competente y la soberanía del estado sobre sus asuntos internos y domésticos[73].

---

[71] *Ibid.*, p. 233.
[72] *Ibid.*, pp. 79-80.
[73] *Ibid.*

Misisipi estaba pidiendo al Presidente, y al pueblo, que reflexionasen de nuevo sobre el significado de la Guerra Civil: la emancipación era una cosa y el nacionalismo otra muy distinta. ¿Había librado el Pueblo una Guerra Civil para autorizar al gobierno federal a inmiscuirse en la autoridad de los estados para regular los derechos civiles de sus ciudadanos?

La pelota estaba en el tejado del Presidente. ¿Cómo iba a responder a este intento de redefinición conservadora del significado constitucional?

Nunca lo sabremos: la petición de Misisipi llegó demasiado tarde. El 5 de diciembre el secretario de Estado Seward enviaba un telegrama triunfante al gobernador provisional de Alabama[74]: «El Presidente le felicita, a usted y al país, por la aceptación de la Enmienda del Congreso a la Constitución de Estados Unidos por el estado de Alabama, cuyo voto [...] da a la enmienda un efecto concluyente como parte de la ley orgánica del país»[75]. Repartiendo felicitaciones, el Presidente también se estaba congratulando a sí mismo; la ratificación se debía en gran parte a sus agresivas actividades desencadenantes.

Carolina del Sur

Dado el destacado papel de Carolina del Sur en la secesión, su decisión sobre la emancipación tenía un significado especial. Y se produjo en un momento especialmente importante. El cuarto gobierno sureño organizado durante el mandato de Lincoln había ratificado la Enmienda poco después de que fuera propuesta[76]. Carolina del Sur fue el primero de los siete estados reconstruidos por Johnson que la aprobó. En palabras de Johnson, la aprobación «constituiría un ejemplo que sin duda sería seguido por los otros Estados»[77], y lo mismo podría decirse de la desaprobación. La inquietud de Johnson resulta evidente en el registro documental.

Empezamos con una carta del Gobernador provisional Benjamin Perry pidiendo instrucciones clarificadoras durante la convención constitucional de Carolina del Sur:

28 de agosto de 1865

> Deseo recibir instrucciones acerca de mi deber después de la convención estatal que habrá elaborado una constitución aboliendo la esclavitud [...]. Es probable que la convención prevea la elección de los miembros

---

[74] *Ibid*., pp. 109-110.

[75] *Ibid*., p. 110.

[76] Virginia (9 de febrero de 1865), Luisiana (17 de febrero de 1865), Tennessee (7 de abril de 1865) y Arkansas (14 de abril de 1865), *U.S.C.A., Amendments 13 and 14*, 1972, p. 5.

[77] «Presidential Message», Exec. Doc. 26, 39th Cong., 1st Sess., 1866, p. 253.

> de la asamblea legislativa y la elección del gobernador por el pueblo el segundo lunes de octubre. Cuando estas elecciones se hayan producido, ¿debo convocar, en calidad de gobernador provisional, esta nueva asamblea legislativa, o mis funciones habrán concluido una vez organizado el gobierno del Estado? ¿Durante cuánto tiempo tendré que seguir actuando como gobernador provisional? ¿Debo seguir en mis funciones hasta que el estado sea nuevamente admitido en la Unión? ¿Debe el nuevo gobernador del estado habilitar y convocar a la asamblea legislativa? En este caso ¿puedo yo seguir actuando como gobernador provisional? ¿Cuáles serían mis deberes? ¿Y cómo han de coordinarse el gobernador provisional y el gobernador estatal recién elegido?[78].

Estas preguntas pusieron de manifiesto una cierta debilidad en el proyecto del Presidente. En principio, la proclamación de Johnson tenía como objetivo la *restauración* del gobierno republicano por una convención que renunciase a la ordenanza de secesión y reafirmase su antigua constitución (al tiempo que la enmendaba para abolir la esclavitud). Una vez que esto había sucedido y que Carolina del Sur había elegido un gobernador y una asamblea legislativa, era difícil ver que un gobernador federal tuviese competencias para ejercer la autoridad civil[79]. Ahora que Carolina del Sur estaba en marcha, ¿no tenía que haber concluido la misión limitada de Perry?

Sin embargo, Johnson y Seward se negaron firmemente a morder el anzuelo constitucional de Perry:

> Departamento de Estado
> Washington DC
> 29 de septiembre de 1865
>
> Señor: He tenido el honor de recibir, y de someter al Presidente, su carta de 28 de agosto, en la que afirma… [aquí se repiten preguntas reproducidas más arriba]. En respuesta, tengo el honor de informarle que el Presidente no cree que sea necesario por ahora anticipar acontecimientos. Espera que usted le informe de las medidas que tome y de los acontecimientos que se produzcan en Carolina del Sur, libre y meticulosamente, para información de este gobierno. En cualquier caso, continuará usted ejerciendo las funciones que hasta ahora le han sido encomendadas por el Presidente, hasta que sea relevado de su cargo por orden expresa del mismo.
>
> Congratulándole por el aspecto favorable que tienen las cosas en su estado, tengo el honor de ser su obediente servidor,
>
> William H. Seward[80].

[78] *Ibid.*, pp. 116-117.
[79] Naturalmente, el aspecto militar de la cuestión quedaría inalterado.
[80] *Ibid.*, p. 118.

Así, pues, los legisladores de Carolina del Sur no iban a deliberar en condiciones institucionales normales. Tendrían que enfrentarse a un gobernador provisional cuya misma existencia expresaba la capacidad presidencial de cuestionar la categoría de estado a Carolina del Sur si se negaba a ratificar la Decimotercera Enmienda. De hecho, Seward se negó a eximir de las responsabilidades del cargo a ningún gobernador provisional hasta el día después de hacer pública su proclamación de diciembre en la que anunciaba formalmente la validez de la Enmienda[81].

En el telegrama de Seward brilla por su ausencia cualquier intento de *justificar* esta decisión de mantener la autoridad federal no convencional. En este momento, tampoco hace de la ratificación de la Decimotercera Enmienda una condición explícita para la remoción del gobernador provisional. Indudablemente, tanto él como el Presidente hubieran preferido de lejos que la asamblea legislativa recogiese la indirecta y firmase sin más la ratificación.

Pero se requería algo menos sutil. Los primeros síntomas de oposición legislativa llevan al Presidente a enviar rápidamente el primer telegrama de esta serie etiquetado de «privado»:

Oficina Ejecutiva
Washington DC
31 de octubre de 1865

> B. F. Perry, Gobernador provisional, Columbia, SC:
>
> Existe un profundo interés respecto a qué actitud tomará la asamblea legislativa sobre la adopción de la Enmienda a la Constitución de Estados Unidos por la que queda abolida la esclavitud, y respecto a la asunción de la deuda creada para ayudar en la rebelión contra el gobierno de Estados Unidos. Si la acción de la convención fue de buena fe, ¿por qué habría de dudar en convertirla en parte de la Constitución de Estados Unidos?
>
> Confío en Dios y creo que el restablecimiento de la Unión no será ahora derrotado y todo lo que ha hecho bien hasta ahora lanzado por la borda. Tengo fe en que todo saldrá bien.
>
> Esta oportunidad ha de ser entendida y valorada por el pueblo de los estados sureños.
>
> Como conozco a mi propio corazón y a todas las pasiones que le afectan, puedo afirmar que mi deseo más ferviente es restablecer los beneficios de la Unión, y cerrar y curar las sangrientas heridas causadas por esta guerra fratricida. Que el amor y la sabiduría del cielo nos guíe, y la Unión y la paz reinarán una vez más en nuestro país.
>
> Andrew Johnson[82].

---

[81] Véase George Clemenceau, *American Reconstruction: 1865-1870, and the Impeachment of President Johnson*, Nueva York, Dial Press, 1928, pp. 60-63, para una discusión perspicaz. El gobernador de Alabama fue eximido de las responsabilidades de su cargo el 18 de diciembre. Tres días más tarde fue el turno de Carolina del Sur, *ibid*.

[82] «Presidential Message», Exec. Doc. 26, 39th Cong., 1st Sess., 1866, p. 120.

Y sin embargo, la resistencia continuó. Una semana más tarde, Seward envía un nuevo telegrama, ampliamente divulgado[83], en un intento de atajar el veto de Carolina del Sur al Artículo Cinco. La queja de la asamblea legislativa está relacionada con el mismo problema que preocupa a Misisipi: el otorgamiento al Congreso que hace la segunda sección para legislar en nombre de los libertos. El secretario de Estado responde: «La objeción [de la asamblea legislativa] […] se considera intempestiva y poco razonable […]. El presidente considera que la aceptación de la enmienda por parte de Carolina del Sur es indispensable para un restablecimiento de sus relaciones con los otros estados de la Unión»[84]. El Presidente ya no está desviando la amenaza de deslegitimación no convencional al Congreso. Está hablando con su propia voz.

Luego llegaron las malas noticias. Como dice con delicadeza Seward, el Presidente «lamenta que el estado parezca rehusar la enmienda del Congreso […] de abolir la esclavitud[85]». Pero el secretario de Estado se niega a aceptar esta decisión como definitiva. Comunica que la postura del Presidente respecto a la ratificación «no ha cambiado» y que Perry «ha de continuar ejerciendo sus funciones […] de gobernador provisional» hasta nueva orden[86].

Johnson está lanzando ahora un desafío frontal a las premisas federalistas de la república temprana. Ya no opera dentro del marco del Artículo Cinco de asociación igual entre estado y nación. Está amenazando a Carolina del Sur con una deslegitimación no convencional si rechaza el liderazgo presidencial.

Y es precisamente en este punto cuando Carolina del Sur reconsidera su posición[87]. El 13 de noviembre ratifica la Decimotercera Enmienda, contribuyendo a generar un «tren» al que se subirán otros tres estados johnsonianos –Alabama, Georgia y Carolina del Norte– antes de que el Congreso regrese a Washington a primeros de diciembre. Como consecuencia de ello, el secretario de Estado Seward pudo enviar su famoso telegrama del 5 de diciembre felicitando a Alabama y a la nación por la ratificación de la Decimotercera Enmienda.

Al considerar el «cambio a tiempo» de Carolina del Sur, hemos de evitar la exageración. Por un lado, los blancos de Carolina del Sur habían sido privados de la plena autoridad que les otorgaba el Artículo Cinco. Por otro lado, no habían sido reducidos a la impotencia. Aunque su opción

[83] Este telegrama fue continuamente discutido durante los debates del Congreso de los meses posteriores.
[84] «Presidential Message», Exec. Doc. 26, 39th Cong., 1st Sess., 1866, pp. 197-198.
[85] *Ibid.*, pp. 198-199.
[86] *Ibid.*
[87] *Ibid.*, p. 199.

era no convencional, sí era muy real. Supongamos, por un momento, que Carolina del Sur se hubiese unido a Misisipi para liderar el tren sureño contra la ratificación.

Desde esta perspectiva, hasta siete gobiernos johnsonianos podrían haberse unido a Delaware, Kentucky y Nueva Jersey en su rechazo de la Enmienda, privándola de las necesarias veintisiete de treinta y seis ratificaciones, y dejando al pueblo estadounidense frente a la grave advertencia de Lincoln según la cual la ratificación por tres cuartas partes de estados del Norte «sería cuestionable y con toda seguridad persistentemente cuestionada»[88]. Sin lugar a dudas, el rechazo del Sur habría acentuado la confrontación constitucional. Pero como muestra el próximo capítulo, esto era lo que iba a pasar de todos modos.

En vez de considerar la ratificación por parte de los estados del Sur como algo perfectamente legal o hecho bajo coacción, hemos de valorar la mezcla de elementos legales y translegales desplegada en Carolina del Sur como un ejemplo clásico de adaptación no convencional. Por un lado, la asamblea legislativa de Carolina del Sur que se reunió en Columbia *no* era –para utilizar el lenguaje de las proclamaciones del Presidente– un grupo aleatorio de «estadounidenses leales» expresando francamente su opinión sobre la Decimotercera Enmienda. Su capacidad para hablar en nombre de Carolina del Sur había sido establecida por medio de un complejo proceso legalista basado en las contiendas electorales. Por otro lado, la asamblea de Carolina del Sur no estaba dando su consentimiento en unas condiciones normales especificadas por la ley constitucional preexistente. De hecho, hay una profunda verdad en el primer telegrama público de Johnson, en el que había informado al Sur de que podía ratificar la Enmienda bien a través de «convenciones» constitucionales, bien a través de «asambleas legislativas» estatales. Si pasamos de las etiquetas a los conceptos, la asamblea ratificadora que se reunió en Carolina del Sur era más parecida a la «convención» que habló en nombre de Carolina del Sur en la Fundación que a una asamblea legislativa ordinaria. Tanto en 1788 como en 1865, Carolina del Sur estaba dando su consentimiento en unas condiciones que planteaban un desafío nacionalista a unas normas constitucionales preexistentes.

Y sin embargo, aunque Johnson había introducido el interés nacional en el proceso de ratificación, los sureños siguieron teniendo un papel clave en la decisión. Como indica el ejemplo de Misisipi, los legisladores sureños eran perfectamente capaces de decir «no» al Presidente si, después de

---

[88] Naturalmente, todo puede haber salido bien al final. Nueva Jersey cambió de opinión en 1866 y envió una «aceptación» simbólica al secretario Seward después de que este hubiese hecho su proclamación el 18 de diciembre de 1865. Pero en el ínterin otros gobiernos podrían haber tratado de cambiar su «sí» por un «no», dejando en situación dudosa el estatus de la enmienda.

deliberar, creían que iban a destruir sus futuras carreras políticas ante sus electores al aprobar la Decimotercera Enmienda. De hecho, su consentimiento habría sido carente de valor si hubieran sido simples marionetas de la autoridad nacional.

Más en general, se da una casi exquisita correspondencia entre la dinámica nacionalista del liderazgo presidencial en el proceso de ratificación y la sustancia nacionalista de la nueva Enmienda de la Emancipación. La ratificación del Sur no era un asunto para el Presidente, actuando solo, *ni* para las asambleas legislativas estatales, actuando solas; era el producto característico de una nueva forma de interacción nacional-estatal en la que el gobierno federal jugaba un papel fortalecido. Y lo mismo vale cuando nos centramos en la sustancia de la propia Enmienda. A consecuencia de su segundo párrafo, el gobierno nacional estaría ahora autorizado a intervenir en el núcleo mismo de las relaciones civiles previamente controladas exclusivamente por los estados. ¿Acaso resulta sorprendente que los estados no concedieran este control sin una intervención federal no convencional? Pero ¿habría parecido legítima esta gran extensión del poder federal sin alguna muestra de consentimiento por parte del Sur?

Como resultado del liderazgo presidencial, la situación constitucional que emergía en diciembre de 1865 era muy diferente de la que regía el día de abril en que Lincoln fue asesinado. La Decimotercera Enmienda ya no podía ser vista como la creación exclusiva de Nosotros, el Pueblo del Norte. Los representantes del Sur blanco habían votado abrumadoramente, aunque de manera no convencional, a favor de la Enmienda.

Pero una cosa era que el Sur blanco hiciera este gesto bajo el liderazgo presidencial, y otra muy distinta que el resto de la nación lo aceptase. El problema es analíticamente similar al que tuvo que hacer frente el Primer Congreso en 1789 cuando Carolina del Norte y Rhode Island aún estaban fuera de la nueva Unión. Estos dos irreductibles podían haberse aferrado a las reglas de ratificación de los Artículos, denunciando a los once Unionistas como secesionistas ilegales. De modo parecido, las decisiones desencadenantes hechas por el Presidente podían haber sido rechazadas como una mofa ilegal de los principios federalistas. Como dijo Thaddeus Stevens en un famoso discurso pronunciado en septiembre en el que denunciaba a Johnson y exigía la confiscación de las tierras a los sureños blancos desleales y su redistribución entre los negros leales:

> El Presidente dice a los estados rebeldes: «antes de poder participar en el gobierno, tenéis que abolir la esclavitud y reformar vuestras leyes electorales». *Esta* es la orden de un conquistador […]. Tampoco podrá nunca una enmienda constitucional para abolir la esclavitud ser ratificada por tres cuartas partes de los estados, si *ellos* son estados que han

> de ser contados. Unas seudoconvenciones de estos estados puede que voten a favor de ella, pero ninguna Convención limpia e imparcialmente elegida lo hará[89].

Si nos olvidamos de la jerga, vemos que hemos pasado una vez más a la fase de la consolidación. Tanto con Lincoln como con Johnson, la Presidencia había obtenido una y otra vez, gracias a sus iniciativas no convencionales a favor de la emancipación, el apoyo de una amplia variedad de representantes elegidos por el Pueblo. ¿Había alcanzado este tren institucional amplio y acelerado un punto en el que, pese a una serie de anomalías legales, merecía la aceptación incuestionada de todos los ciudadanos sensatos como la obra de Nosotros, el Pueblo? ¿O todo este ruido y esta furia no eran más que la obra de unas «seudoconvenciones»?

La consolidación presidencial

En el caso de la Fundación, esta decisión se tomó en los estados, cuando Carolina del Norte y Rhode Island dieron finalmente su consentimiento y se subieron al tren. Dada la inclinación nacionalista de la Reconstrucción, era previsible que la decisión de la consolidación se tomase por medio de una compleja interacción entre el Presidente y el Congreso.

Punto y contrapunto: la resolución de Sumner y el mensaje del Presidente

Tan pronto como se reunió el Senado el 4 de diciembre de 1865, Charles Sumner subió al estrado y presentó la primera resolución:

> Considerando que el Congreso, por un voto de dos tercios de ambas Cámaras, propuso a las Asambleas legislativas de los diversos estados, para su ratificación, una enmienda a la Constitución con las siguientes palabras, a saber, «Artículo XIII [recitando el texto]». Y considerando que, en el momento en que dicha enmienda fue presentada, y también desde entonces, hubo varios estados que, debido a su rebeldía, estaban sin asambleas legislativas, de modo que, si bien la presentación de la enmienda se hizo de una forma debidamente constitucional, no fue, porque no pudo ser, sometida a todos los estados[90], sino a «las asambleas

[89] «Speech of Hon. Thaddeus Stevens, Delivered in the City of Lancaster», 7 de septiembre de 1865. Este discurso se conserva en la Biblioteca del Congreso.

[90] Sumner parece estar equivocado al decir que la Enmienda no fue enviada a los estados del Sur. Véase *Congressional Globe*, 39º Congress, 2nd Sess., 1867, p. 598 (representante Cooper). Al menos esto es lo que el secretario de Estado Seward dice en respuesta a una pregunta del gobernador provisional de Carolina del Sur el 6 de noviembre de 1865: «Entiendo que la enmienda constitucional fue enviada inmediatamente después de su aprobación a los gobernadores de

legislativas de varios estados», en obediencia tanto a la letra como al espíritu de la disposición de la Constitución autorizando enmiendas, habiendo un número menor de asambleas legislativas que de estados; y considerando que, dado que la Constitución autoriza expresamente las enmiendas, cualquier interpretación de este hecho que las imposibilite en algún momento, viola tanto la letra como el espíritu de la Constitución; y considerando que requerir que la ratificación la hagan los estados sin asambleas legislativas igual que «las Asambleas legislativas de los estados» para que sea considerada válida, pondría en manos de una persistente rebelión el poder no solo de suspender la paz de la nación, sino también su Constitución; y considerando, de acuerdo con los términos de la Constitución y la naturaleza del caso, que corresponde a las dos Cámaras del Congreso determinar cuándo la ratificación es completa; y considerando que más de las tres cuartas partes de las asambleas legislativas a las que se presentó la enmienda la han ratificado; por consiguiente,

El Senado resuelve (y la Cámara de Representantes está de acuerdo) que la enmienda sobre la abolición de la esclavitud se ha convertido en, y es, parte de la Constitución de Estados Unidos.

Resuelve que, pese a la resolución precedente, y considerando el gran interés público de esta cuestión, las Asambleas legislativas que no han ratificado la enmienda, puedan expresar su concurrencia de la forma usual y la hagan llegar aquí de la manera usual.

Resuelve que a ninguno de los estados a cuyas asambleas legislativas no pudo presentarse dicha enmienda, por razón de estar en rebeldía contra Estados Unidos, y careciendo de asamblea legislativa, se les permita reanudar sus relaciones, y tener sus asambleas legislativas reconocidas, y sus senadores y representantes admitidos, hasta que su asamblea legislativa haya ratificado primero esta enmienda en reconocimiento del hecho consumado[91].

Este es un intento radical de negar la significación constitucional de las actividades desencadenantes del Presidente a favor de la Decimotercera Enmienda. También rechaza toda tentativa por parte del Presidente, o de su delegado Seward, de juzgar los temas impugnados del proceso de producción normativa de carácter superior: «corresponde a las dos Cámaras del Congreso determinar cuando la ratificación es completa».

El día siguiente fue el turno del Presidente. Su Mensaje Anual al Congreso es un texto clave[92]. Publicado en primera plana en la mayoría de

---

todos los estados sin excepción. Los accidentes de la guerra, sin duda, hicieron que no llegara al gobernador en funciones de Carolina del Sur, que estaba en rebeldía», «Presidential Message», Exec. Doc. 26, 39th Cong., 1st Sess., 1866, p. 198.

[91] *Congressional Globe*, 39º Congress, Sess. 1st, 1865, p. 2.

[92] El mensaje lleva la fecha del 4 de diciembre. Fue presentado al Congreso el 5 de diciembre de 1865, el mismo día que Seward felicitaba a Alabama por su ratificación de la Decimotercera Enmienda. Véase p. 144 *supra*.

periódicos, era un punto de referencia para la discusión pública. Rechaza categóricamente un período prolongado de régimen militar para el Sur, que «habría dividido al pueblo en vencedores y vencidos, y habría envenenado el odio en vez de restablecer la afección»[93]. Dicho rumbo era no solo contraproducente sino anticonstitucional: «la verdadera teoría es que todos los supuestos actos de secesión eran desde el principio nulos de pleno derecho […]. Los estados se colocaron ellos mismos en una situación en la que su vitalidad se veía perjudicada, pero no extinguida; sus funciones suspendidas pero no destruidas»[94]. En vez de postularse como un déspota militar, el Presidente había utilizado su autoridad para restablecer el gobierno constitucional.

Pero el mensaje no es de ningún modo una absoluta apología conservadora. Por lo que respecta a la Decimotercera Enmienda, el Presidente Johnson no oculta los aspectos legalmente problemáticos de su empresa. Al contrario, se enorgullece de sus actos no convencionales de liderazgo:

> Como ningún estado puede hacer una defensa del delito de traición, el poder de perdonar lo tiene exclusivamente el gobierno ejecutivo de Estados Unidos. Al ejercer este poder *he tomado todas las precauciones posibles para conectarlo con el más nítido reconocimiento del carácter vinculante de las leyes de Estados Unidos y de un reconocimiento incondicional del gran cambio social de condición respecto a la esclavitud surgido de la guerra.*
>
> El siguiente paso que he dado para restablecer las relaciones constitucionales de los estados ha sido el de invitarlos a participar en el alto cometido de enmendar la Constitución. Todo patriota ha de desear lo más pronto posible una amnistía general consistente con la seguridad pública. Para este gran fin se requiere la concurrencia de todas las opiniones y el espíritu de la conciliación mutua. Todos los que han participado en este terrible conflicto han de colaborar con armonía. No es demasiado pedir, *en nombre de todo el pueblo*, que por un lado [a los ciudadanos del Norte] el plan de restauración proceda de conformidad con la voluntad de consignar al olvido los desordenes del pasado, y por el otro [a los ciudadanos del Sur] *la prueba de sinceridad en el futuro mantenimiento de la Unión ha de ser puesto más allá de cualquier duda con la ratificación de la enmienda propuesta a la Constitución*, que prevé la abolición definitiva de la esclavitud dentro de los límites de nuestro país. En tanto en cuanto la adopción de esta enmienda se retrase, prevalecerán la duda, la envidia y la incertidumbre. Esta es la medida que borrará la triste memoria del pasado; esta es la medida que con toda seguridad llevará población, capital y seguridad a aquellas partes de la

[93] J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, p. 356.
[94] *Ibid.*, p. 357.

> Unión que más lo necesitan. En efecto, *no es mucho pedir a los Estados que están ahora ocupando de nuevo su lugar en la familia de la Unión que prometan paz y lealtad perpetuas.* Hasta entonces, el pasado, por mucho que lo deseemos, no será olvidado. La adopción de la enmienda nos reunirá a todos más allá de cualquier poder de disrupción; cerrará una herida que no ha cicatrizado completamente; eliminará la esclavitud, el elemento que durante tato tiempo ha desconcertado y dividido al país; nos convertirá una vez más en un pueblo unido, renovado y fortalecido, obligado más que nunca al apoyo y al afecto mutuo.
>
> *Una vez adoptada la enmienda a la Constitución,* faltará que los estados cuyo poder ha estado tanto tiempo en suspenso recuperen su lugar en las dos ramas de la Asamblea Legislativa Nacional y se complete con ello la obra de la restauración. A vosotros corresponde, conciudadanos del Senado, y a vosotros, conciudadanos de la Cámara de Representantes, juzgar por vosotros mismos la elección, el regreso y las cualificaciones de vuestros propios miembros[95].

He ahí una voz desconocida por los Padres Fundadores: un Presidente pidiendo que «los estados prometan» la Decimotercera Enmienda en nombre de «todo el pueblo», un presidente que está manipulando arrogantemente su poder de conceder el perdón para obtener «un reconocimiento incondicional del gran cambio social de condición respecto a la esclavitud».

No menos importante es la reafirmación de su autoridad que hace Johnson frente al Congreso. A diferencia de Sumner, no espera que el Congreso determine los aspectos legales planteados por la ratificación de la Enmienda. Declara que la Enmienda *ha sido* adoptada. ¿Pero estará de acuerdo el Congreso?

La Proclamación de Seward

En estas circunstancias, la proclamación formal del secretario de Estado Seward sobre la Enmienda fue un acto notablemente provocador. No trata de eludir los problemas separando a Sumner de Johnson, sino que refrenda como es debido al Presidente en todas las cuestiones polémicas[96]. Rechaza francamente que la ratificación sea una cuestión exclusivamente del Norte: «el número total de estados de Estados Unidos es de treinta y seis». Rechaza la idea de que los presidentes Lincoln y Johnson no han conseguido establecer gobiernos republicanos en el Sur, citando explícitamente a ocho de estos gobiernos entre los veintisiete que emiten votos dispositivos. Finalmente, al aceptar la ratificación del Sur, el secretario de Estado los consideraba no

---

[95] *Ibid.*, p. 358 (el subrayado es mío).
[96] Véase el capítulo 4, p. 126.

contaminados por la coerción anticonstitucional del gobierno federal (en la que él y el Presidente estaban estrechamente implicados).

En cuanto reconocemos que el secretario de Estado está tratando de emitir un juicio *dotado de autoridad* sobre unas cuestiones fundamentales de la norma superior, salta a la vista un segundo aspecto notable de esta proclamación: su falta de respaldo legal. Ciertamente, el Artículo Cinco no autoriza explícitamente el papel que ejerce el secretario de Estado. Ni tampoco lo hace la ley correspondiente:

> Sección 2. *Y se aprueba también* que, siempre que se reciba una notificación oficial en el Departamento de Estado, según la cual cualquier enmienda que hasta ese momento se haya propuesto o de aquí en adelante pueda proponerse a la Constitución, haya sido adoptada, de acuerdo con la Constitución de Estados Unidos, el secretario de Estado estará obligado a publicar inmediatamente la citada enmienda en los periódicos autorizados a promulgar las leyes, con su certificado, especificando aquellos estados que la hayan adoptado y certificando que pasa a estar en vigor, a todos los efectos, como parte de la Constitución de Estados Unidos[97].

Esta sección forma parte de una disposición de 1818 «que prevé la publicación de las leyes de Estados Unidos», autorizando al secretario de Estado a publicar todas las leyes y tratados en los diarios y en los códigos donde se recopilan las leyes. El contexto sugiere que el secretario de Estado solo ha sido autorizado a actuar como certificador principal, y no como autoridad final sobre cuestiones fundamentales de la norma superior. Cualquier duda restante la desvanecen las palabras con que arranca la sección, que le autorizan a proceder a la publicación en diarios solo cuando «en el Departamento de Estado se haya recibido la notificación oficial de que una enmienda ha sido adoptada». Si bien la ley no menciona a la institución que envía la notificación, una cosa está clara: no es el secretario de Estado, de lo contrario la redacción sería absurda. Como los acontecimientos posteriores demostraron, Seward no se hacía ilusiones respecto a su autoridad legal. En conexión con problemas similares relativos a la ratificación de la Decimocuarta Enmienda[98], reconoció públicamente que «ni la ley [de 1818] ni ninguna otra ley, expresamente o por implicación conclusiva, autoriza al secretario de Estado a determinar y a decidir cuestiones dudosas respecto a la autenticidad de la organización de las Asambleas legislativas de los Estados»[99].

---

[97] 15º Congress, Sess. 1st, cap. 80, *Stat.*, 1818, p. 439.
[98] Véase capítulo 8, p. 279.
[99] Proclamación núm.11, 15 *Stat.*, 1868, pp. 706, 707.

Sin embargo, la proclamación de la Decimotercera Enmienda procede como si no existiese ninguno de estos problemas legales. Pretendiendo actuar «en virtud y en el cumplimiento de la segunda sección de la ley del Congreso aprobada el veinte de abril de mil ochocientos dieciocho»[100], el secretario de Estado no identifica la «notificación oficial» que requiere la ley, suprimiendo así su falta de autorización legal para decidir cuestiones constitucionales fundamentales. Si bien es fácil exponer la vacuidad del gesto legalista de Seward, no pretendo sugerir que sea un gesto irrelevante. Estamos asistiendo una vez más a la característica combinación de elementos legales y extralegales que es el sello distintivo de la adaptación no convencional.

No es que el documento legalista del secretario de Estado fuese suficiente para consolidar la Decimotercera Enmienda y convertirla en norma superior. Seguía siendo posible que los Republicanos del Congreso se congregasen tras la pancarta de Sumner. Confrontado al reto de Seward, ¿rechazaría el Congreso el liderazgo ejecutivo o se subiría al cada vez más veloz tren institucional?

Aquiescencia del Congreso

El mismo día de la proclamación del secretario, Thaddeus Stevens llevó el desafío de Sumner al hemiciclo de la Cámara:

> [Es de una importancia vital] establecer el principio de que ninguno de los estados rebeldes sea contabilizado en ninguna de las enmiendas a la Constitución […]. No tomaré en cuenta la agregación de unos rebeldes encubiertos que sin ninguna autoridad legal se han reunido en las capitales de los últimos estados rebeldes simulando cuerpos rebeldes. Ni tengo el menor respeto por la astuta escenificación con la que han tratado de engañar al secretario de Estado con frecuentes anuncios telegráficos según los cuales «Carolina del Sur ha adoptado la enmienda»; «Alabama ha adoptado la enmienda y ya es el vigésimo séptimo estado, etcétera». Con esto se pretendía engañar al pueblo y acostumbrar al Congreso a oír repetidamente los nombres de estos extintos estados como si aún estuviesen vivos[101].

Pero la mayoría republicana no estaba por la labor de atender la llamada de Stevens a «establecer el principio»[102]. En vez de ello, se subieron rápidamente al tren del ejecutivo.

---

[100] Proclamación núm. 52, 13 *Stat.*, 1865, pp. 774, 775.
[101] *Congressional Globe*, 39º Congress, Sess. 1st, 1865, p. 2.
[102] La resolución de Sumner fue rápidamente sepultada en comité. *Congressional Globe*, 39º Congress, Sess. 1st, 1865, p. 38. El debate en el hemiciclo se pospuso indefinidamente el 20 de junio de 1866, *Congressional Globe*, 39º Congress, Sess. 1st, 1866, pp. 3276-3277.

Este proceso se pone claramente de manifiesto en los primeros debates celebrados en el Congreso sobre el proyecto de ley de derechos civiles. El primer paso dado por el Senado respecto a este problema se produjo el 13 de diciembre, cinco días antes de la proclamación de Seward. El senador Henry Wilson instó a adoptar una acción inmediata a favor de los negros, sin esperar a las prolongadas deliberaciones en comité. Pero a pesar de este enérgico compromiso, su anteproyecto solo protegía a los negros que vivían en los estados confederados y que estaban afectados por la Proclamación de la Emancipación, y no a los del resto del país, como podía haber hecho de creer que la Enmienda era una parte incuestionable de la norma superior[103].

La negativa de Wilson a confiar en la Enmienda es notable por tres motivos. Primero, el senador suscribía públicamente el punto de vista de Sumner-Stevens de la ratificación[104], según el cual para validar la Enmienda bastaba con las tres cuartas partes de los estados del Norte. Según este punto de vista, la Enmienda se había convertido en una parte de la Constitución seis meses antes de que Wilson subiese al estrado del Senado el 13 de diciembre. Evitando la Enmienda, Wilson estaba postergando su percepción de que la mayoría de senadores no compartían su punto de vista radical. En segundo lugar, el 13 de diciembre, tanto el secretario Seward como el presidente Johnson habían declarado públicamente que habían recibido veintisiete ratificaciones de los treinta y seis estados de la Unión (del Norte y del Sur). Lo único que faltaba era una proclamación de apariencia oficial por parte del secretario de Estado. Finalmente, la vacilación de Wilson no tenía relación alguna con las dudas acerca de los méritos. Como senador destacado del Massachusetts republicano, era un defensor consecuente de los derechos civiles. Su propuesta del 13 de diciembre no refleja indecisión o debilidad, sino un reconocimiento realista de que las dudas acerca de la validez de la Decimotercera Enmienda no se habían desvanecido ni en el Congreso ni en la nación en general.

Este punto fue confirmado por el debate subsiguiente. Estos son los términos en los que los líderes republicanos rechazaron la demanda de Wilson de una acción inmediata:

> Mr. Sherman: Señor Presidente, simpatizo totalmente con el propósito del proyecto de ley […]. En mi caso, es simplemente una cuestión de tiempo y maneras […]. Creo que sería más sensato postergar toda acción sobre este tema hasta que la proclamación del secretario de Estado anuncie que la enmienda constitucional es parte de la norma suprema del país. Una vez hecho esto, no habrá ninguna duda, a mi

---

[103] *Congressional Globe*, 39º Congress, Sess. 1st, 1865, p. 39.
[104] *Ibid.*, 1865, p. 41.

> modo de ver, acerca del poder del Congreso para aprobar este proyecto de ley y de hacerlo definido y general en sus términos [incluida la totalidad de Estados Unidos y no solo la ex Confederación] […][105].

Sherman fue secundado por el senador Lyman Trumbull, que sugirió cautelosamente que hasta que el secretario de Estado actuase «podría cuestionarse de algún modo (no sé con qué derecho) la autoridad del Congreso para aprobar un proyecto de ley como este, pero después de la adopción de la enmienda constitucional, nadie podrá cuestionarla»[106]. Estas observaciones de destacados moderados frustraron la esperanza de una votación rápida.

Una vez que hubo actuado el secretario de Estado, la opinión del Congreso tomó un cariz diferente. La invitación de Sumner de impugnar la autoridad del Presidente quedó sepultada en el comité, pero el liderazgo republicano se movió rápidamente para confirmar la proclamación del secretario de Estado promulgando legislación bajo su autoridad. Considérese el intercambio que tuvo lugar el mes de enero en el debate sobre el proyecto de ley del senador Trumbull para ampliar y extender la Oficina de los Libertos:

> Mr. Saulsbury: Afirmo, como uno de los representantes de Delaware en este hemiciclo, que ha tenido el orgullo y la nobleza de ser el primer estado en entrar en la Unión Federal bajo una Constitución formada por iguales. Ha sido el último en obedecer un mandato, legislativo o ejecutivo, para abolir la esclavitud. Ha sido el último estado esclavista de Estados Unidos, gracias a Dios, y yo soy uno de los últimos propietarios de esclavos de Estados Unidos.
>
> Mr. Trumbull: Bien, señor Presidente, no veo qué tiene que ver la declaración del senador de Delaware con la cuestión que estamos discutiendo. Su estado puede haber sido el último en ser libre, pero yo supongo que el estado de Delaware, antiguo como es, pues fue el primero en adoptar la Constitución, y noble como es, se someterá a la Constitución de los Estados Unidos, que declara que no habrá esclavitud dentro de su jurisdicción. [Aplausos en las tribunas]
>
> El Presidente: ¡Orden! ¡Orden!
>
> Mr. Saulsbury: Lo hará[107].

Como el «último propietario de esclavos de Estados Unidos» y representante de un estado esclavista leal que había rechazado formalmente la enmienda, Willard Saulsbury estaría entre los últimos senadores en reconocer la validez

---

105 *Ibid.*,1865, p.41.
106 *Ibid.*,1865, p. 43.
107 *Congressional Globe*, 39º Congress, Sess. 1st, 1866, p. 321.

de la Enmienda[108]. De todos modos, ya no cuestionó la autoridad del Congreso una vez que el secretario de Estado hubo proclamado oficialmente la validez de la Enmienda. Aunque los Republicanos lamentarían pronto la existencia de la proclamación de Seward, incluso ellos hablaban del asunto como si fuese un *precedente legal* que no podía ignorarse[109].

El aspecto conservador de la no convencionalidad

Hemos dado dos pasos más allá de la ortodoxia. El primero ha sido reconocer el difícil encaje entre las reglas y principios del Artículo Cinco y el proceso que nos trajo la Decimotercera Enmienda. El segundo ha sido ver que esta ruptura con la tradición no implicó la ausencia de un patrón, sino la elaboración de una nueva configuración, más centrada en la nación y fuertemente marcada por el liderazgo presidencial. La emergente gramática institucional de la soberanía popular implica a un Presidente (1) que toma iniciativas que le permiten afirmar que unas elecciones nacionales equivalen a un mandato constitucional del Pueblo, y (2) liderar con éxito otras instituciones deliberativas para que den su asentimiento, o de un modo más pasivo, su aquiescencia, a su afirmación de que *el Pueblo ha hablado*. Dado que este patrón cuestiona nociones ortodoxas del cambio constitucional, ¿no puede tal vez contribuir a restablecer el equilibrio reflexivo si damos un tercer y rápido paso?

Se trata de enfatizar que la no convencionalidad no implica necesariamente aventurismos. Lincoln y Johnson invocaron sus poderes de producción normativa de carácter superior para impulsar el proceso constitucional en una dirección relativamente conservadora, utilizando su autoridad para respaldar la menor desviación del *statu quo* aceptable para la nación como un todo[110].

El minimalismo presidencial tuvo consecuencias decisivas. Fueron radicales como Stevens y Sumner, y no los inquilinos de la Casa Blanca, quienes intuyeron la terrible verdad de que una rápida reunión tendría como

---

[108] Efectivamente, antes de que el secretario de Estado hubiese hecho pública su proclamación, Saulsbury había desarrollado la paradoja formalista elaborada en el capítulo 4, denunciando la falta de coherencia que comportaba contabilizar las ratificaciones sudistas de la enmienda, excluyendo al mismo tiempo del Congreso a los representantes sureños. Véase *Congressional Globe*, 39º Congress, Sess. 1st, 1865, p. 43.

[109] Véase el revelador discurso que pronunció en la Cámara de Representantes el radical Glenni Scofield en el momento en que diez asambleas legislativas sureñas acababan de rechazar la Decimocuarta Enmienda, *Congressional Globe*, 39º Congress, Sess. 2nd, 1866, pp. 597-598.

[110] De hecho, la Decimotercera Enmienda dejó abierta la cuestión sobre si los propietarios de esclavos recibirían una compensación. Solo la Decimocuarta Enmienda resolvió esta cuestión negativamente.

resultado un incumplimiento por parte del Sur de los valores constitucionales pregonados en el texto formal. Un presidente que siguiese el consejo radical habría utilizado los valiosos meses de 1865 para preparar el camino a una nueva clase de propietarios y pequeños propietarios negros cultos del Sur. No habría permitido a los blancos rebeldes recuperar sus tierras a cambio de las mínimas promesas arrancadas por el juramento de amnistía de Johnson. Habría hecho caso a la llamada de Stevens de proceder a una masiva redistribución de tierras a los libertos leales y habría puesto en marcha la gran visión de Sumner de un sistema de escuelas públicas que pudiese compensar la ignorancia forzosamente impuesta por la esclavitud.

Un presidente radical hubiese rechazado los objetivos «minimalistas» expresados en la proclamación de Johnson sobre Carolina del Norte. Habría indicado a sus gobernadores provisionales que creasen gobiernos territoriales, no autoridades estatales. Habría preparado las condiciones para mantener al Sur bajo la tutela federal durante la década o más requerida para que los negros obtuvieran los recursos pedagógicos y económicos necesarios para defender sus intereses en las urnas. Aunque este programa radical podía haber fallado, ¿no era una apuesta mejor que la que se hizo realmente en nombre del pueblo estadounidense?

Para ser franco, no puedo leer los brillantes discursos de Sumner y Stevens sin experimentar casi físicamente la amarga sensación de la oportunidad moral perdida por Estados Unidos cuando Andrew Johnson hizo su proclamación de Carolina del Norte. De todos modos, algo me lleva a hacer una pausa antes de condenar el uso conservador del poder presidencial en el cambiante sistema de producción normativa de carácter superior. El principal escollo es un hecho sencillo pero incuestionable[111]: en 1865, una mayoría del pueblo estadounidense no estaba preparado para respaldar el programa radical. Teniendo en cuenta este hecho, no basta con afirmar el derecho moral de los libertos a la tierra y a la educación que se habían ganado durante siglos de trabajar como esclavos. También hemos de afirmar la autoridad constitucional que tenía el Presidente para utilizar sus emergentes poderes de producción normativa de carácter superior a favor de una postura moral que estaba *muy* por delante[112] del punto de vista en aquel momento mayoritariamente defendido por el pueblo estadounidense.

Los peligros del vanguardismo presidencial tendrían que ser obvios. Todos estamos familiarizados con el sombrío proceso por el que los presidentes de incontables naciones han invocado los imperativos de una moral

[111] Al menos, este es un hecho que nunca ha sido cuestionado por ningún historiador ni por ningún libro de historia serio del que yo tenga conocimiento.

[112] Utilizo esa expresión equívoca para dejar margen a los juicios de buena fe. Pero, como sugerirá el siguiente capítulo, es dolorosamente obvio que una gran mayoría de estadounidenses no eran radicales en 1865, ni en ningún otro momento.

superior para convertirse de hecho en dictadores. Una cosa es reconocer el precedente fundamental establecido por Lincoln y Johnson ganándose la aceptación pública del liderazgo presidencial en la producción normativa de carácter superior, y otra muy distinta condenarlos por rechazar la tentación del vanguardismo[113].

Al contrario, es un gran mérito del liderazgo presidencial en 1865 haber permitido al pueblo estadounidense distinguir claramente entre el límite inferior y el superior a la hora de embarcarse en una larga lucha sobre el diseño de una Unión reconstruida. En diciembre de 1865 ya no era abiertamente cuestionable si los grandes sacrificios de la Guerra Civil habrían sido un desperdicio si el pueblo estadounidense no se hubiese puesto de acuerdo respecto a un sentido constitucional profundo surgido de la crisis. El liderazgo presidencial ya había contribuido a cristalizar una mínima, pero fundamental, interpretación constitucional según la cual el Pueblo había ahora autorizado a un gobierno nacional permanentemente comprometido con la emancipación de todos los seres humanos. Una vez establecido este límite inferior, los estadounidenses podían dedicar todas sus energías a las siguientes cuestiones obvias: ¿Bastaba simplemente con la emancipación? ¿Tenía el pueblo estadounidense que exigir más de su gobierno, y en caso afirmativo, qué tenía que exigirle?

Como sugiere el siguiente capítulo, el intento constitucional de definir los más elevados ideales de la Decimocuarta Enmienda catapultaron al país a una profunda crisis constitucional, generando un ciclo de agrios desacuerdos, movilizaciones populares masivas e improvisación institucional. Como esta batalla amenazaba con escapar a todo control, el hecho de que los estadounidenses hubiesen conseguido ponerse de acuerdo en un sentido compartido, aunque mínimo, de significado constitucional al proclamar la Decimotercera Enmienda era más importante de lo que podía parecer a primera vista. Si la adaptación no convencional había conseguido obtener el consentimiento del pueblo una vez, ¿por qué no podía hacerlo una segunda vez?

---

[113] Para una defensa implícita del vanguardismo presidencial, véase J. McPherson, *Ordeal by Fire*, cit., p. 501.

VI
LA CONVENCIÓN/CONGRESO

Midiendo el momento

La batalla por la Decimocuarta Enmienda marca el momento constitucional más sobresaliente de la historia estadounidense. Igual que en la Fundación, la ley constitucional se convirtió en el lenguaje preeminente mediante el cual los estadounidenses debatieron y definieron su identidad nacional. La Reconstrucción también fue una época durante la cual los principales protagonistas no se limitaron a articular las palabras garabateadas por sus jóvenes asistentes. Cuando Sumner o Fessenden, Stevens o Bingham hablan en el hemiciclo del Congreso, se puede oír perfectamente la energía y la vacilación de un pensamiento maduro, igual que cuando uno escucha subrepticiamente a Madison o a Wilson en la Convención Constitucional[1].

Solo esta vez el debate fue más amplio y continuo. La Convención de Filadelfia, para decirlo suavemente, no fue un asunto ecuménico. Si bien los Federalistas se preocuparon de ganarse el apoyo de las asambleas legislativas estatales para su Convención, también amañaron cuidadosamente la mayor parte de las delegaciones a favor de los más firmes nacionalizadores. Los debates en la Convención se volvieron cada vez más unilaterales porque los Antifederalistas más destacados protestaban abandonándolos. El debate durante la Reconstrucción fue mucho más representativo. Cuando los Republicanos del Congreso afirmaban nuevos ideales de igualdad ciudadana y derechos fundamentales, topaban con la poderosa defensa que hacía el presidente Johnson de unos ideales más tradicionales.

Es más, estos debates en Washington no eran secretos, como en Filadelfia, sino que sirvieron como centro de un gran diálogo nacional. Cuando se hicieron públicas, las propuestas de la Convención de Filadelfia suscitaron una discusión sofisticada y notablemente vehemente. Pero, pese a su dinamismo, el diálogo de la Fundación no penetró en el

[1] El presidente Johnson es una excepción a esta regla, aunque también él escribió a veces sus propios discursos. Véase John Cox y LaWanda Cox, «Andrew Johnson and His Ghost Writers», Mississippi Valley History Review, vol. 48, 1961, p. 460.

cuerpo político tan profundamente como el debate sobre la Decimocuarta Enmienda. En parte, esto fue un tributo al ascenso de los partidos políticos de masas. Republicanos y Demócratas habían organizado una extensa red de publicaciones, mítines y clientela de partido que atrajo el interés de los estadounidenses de una forma inimaginable a finales del siglo XVIII o a finales del siglo XX[2]. En parte, la penetración del debate en la vida pública era una función de pura duración: la discusión de la Constitución original llevó unos cuantos meses (o algo menos) en la mayoría de estados; en el caso de la Decimocuarta Enmienda, duró varios años.

En parte, sin embargo, el impacto del debate fue un producto de los enormes sacrificios de la Guerra Civil. La Fundación también siguió a una guerra civil entre patriotas y *tories*, obligándoles a todos a considerar cuestiones de identidad política que normalmente se dan por descontadas, pero la medida del sacrificio colectivo era ahora de una escala diferente. El número de víctimas lo dice todo. Entre el Norte y el Sur, 665.000 soldados perdieron la vida, catorce de cada cien hombres entre los 15 y los 30 años, un 2 por 100 del conjunto de la población[3]. Todo el mundo conocía a alguien que había hecho el sacrificio definitivo, y la mayoría estaban dispuestos a garantizar que aquellos hombres no habían muerto en vano.

Los compromisos apasionados eran tantos y tan grandes que amenazaban con arrollar a la tradición constitucional. ¿Podían los viejos símbolos e instituciones canalizar toda esta turbulencia apasionada? ¿Ofrecerían a los partidos contendientes oportunidades para reflexionar sobre la fuerza política de sus antagonistas y para reaccionar a ella? ¿Delimitarían claramente ocasiones en las que cuestiones clave de identidad constitucional estarían maduras para que se tomase una decisión? ¿O identificarían a ganadores y perdedores de una forma que la mayoría de estadounidenses reconocería como legítima?

---

[2] Véase Joel Silbey, *The American Political Nation 1838-1893*, Stanford (CA), Stanford University Press,1991.

[3] Por lo que respecta a la cifra de víctimas mortales, véase Richard Current, *Encyclopedia of the Confederacy*, 4 vols., Nueva York, Simon & Schuster, 1993, vol. 1, p. 338. El total de víctimas no mortales fue de 1.116.000, *ibid*. La población total de Estados Unidos en 1860 giraba en torno a los 31 millones de habitantes; el número de hombres comprendidos entre los 15 y los 30 años era de 4,56 millones. Véase U.S. Department of the Census, *Historical Statistics of the United States, part 1,* 1989, chaps. A-M, p. 15. Estos lúgubres números hacen parecer pequeña la cifra de 405.000 muertos de la Segunda Guerra Mundial, la segunda guerra más sangrienta de aquellas en las que ha participado Estados Unidos. Allan Millett y Peter Maslowski, *For the Common Defense: A Military History of the United States of America*, Nueva York, The Free Press, 1994, p. 653. Aunque disponemos de pocos datos fiables de la Revolución, según parece hubo 25.000 muertos y 8.500 (¿?) heridos, *ibid*. En términos relativos, esta cifra representa el 1 por 100 del total de la población –Richard Balkin, *Revolutionary America 1763 to 1800*, Nueva York, Facts on File, 1995, p. 123–, que supone aproximadamente la mitad que la proporción de la Guerra Civil.

Solo una cosa estaba clara. Los procesos especificados por los Federalistas de la Fundación en el Artículo Cinco no bastaban. Como hemos visto, este artículo invitaba a los estadounidenses a dirigir sus propuestas constitucionales a un congreso federal o a una convención federal. Pero no había abordado explícitamente la importante cuestión de 1865: ¿cómo tratar a los senadores y congresistas que se encaminaban a Washington desde los once estados de la antigua Confederación.

La respuesta tendría un impacto decisivo sobre la decisión final. Si el «Congreso» incluía tanto a los estados del Norte como del Sur, el significado constitucional de la Guerra Civil permanecería donde los presidentes Lincoln y Johnson lo habían dejado: con las palabras de la Decimotercera Enmienda. Una vez que el Sur blanco estuviese representado en el Capitolio, nada parecido a la Decimocuarta Enmienda hubiese obtenido la supermayoría necesaria para la propuesta, y mucho menos para la ratificación. Si el pueblo estadounidense tenía que ir más allá de la mera emancipación, sería preciso que el «Congreso» siguiese siendo una asamblea de veinticinco, no de treinta y seis estados. Pero ¿quién tenía que decidir *esta* cuestión? ¿La mayoría republicana del «Congreso»? ¿El Presidente?

¿O ninguno de ellos? Argumentaré que fue *el propio Pueblo* el que arrebató esta decisión a las elites políticas que competían en Washington y la asumió como su propia responsabilidad. Es esta decisión de un Pueblo movilizado, y no un formalismo textual, lo que está en la base de la Decimocuarta Enmienda. Cuando hablo del «Pueblo», no estoy buscando una misteriosa entidad lockeana surgiendo de un «estado de naturaleza» para renegociar el contrato social en los Estados Unidos del siglo XIX. En vez de quedarse estancados en una especie de condición prepolítica, los estadounidenses consiguieron dar nuevos significados a las viejas instituciones de una forma que les permitió consensuar una solución democrática a su crisis de identidad constitucional. Nuestra tarea es aislar las propiedades distintivas de esta siguiente gran adaptación en el lenguaje de la soberanía popular.

Empecemos por reflexionar sobre una palabra clave, *convención*, que se ha abierto paso en nuestra historia. Como hemos visto, los Federalistas tomaron prestada la palabra del derecho constitucional inglés, utilizando la Convención de 1688 como precedente de sus propias asambleas anómalas. Este precedente de la Revolución Gloriosa también sirve como parámetro esclarecedor de la Reconstrucción[4]. Recuérdese la escena en Westminster Hall después de que Jacobo II huyese a Francia. La «convención» que se

[4] Amplío aquí lo que dice John Pocock en *Three British Revolutions, 1641, 1688, 1776,* Princeton (NJ), Princeton University Press, 1980, cuando sugiere que las raíces británicas de la experiencia constitucional estadounidense se extienden hasta los siglos XIX y XX.

reunió en su ausencia fue un organismo constitucionalmente problemático, pero fue este organismo problemático el que consiguió elaborar una Carta de Derechos en nombre del pueblo inglés.

Algo parecido ocurrió en 1865. Del mismo modo que el asiento que ocupaba el rey en Westminster Hall se quedó vacío en 1688, también los escaños que ocupaban los estados sureños permanecieron vacíos en el Senado y en la Cámara de Representantes. Para subrayar esta analogía, me referiré a la asamblea dominada por los Republicanos en el Capitolio como la Convención/Congreso. Del mismo modo que la Convención de 1688 consensuó su gran Carta de Derechos, la Convención/Congreso hizo su propia contribución característica al constitucionalismo anglo-estadounidense con la Decimocuarta Enmienda. Pero esta vez, las pretensiones de la Convención/Congreso de poder hablar en nombre del Pueblo estarían sometidas a una serie mucho más democrática de pruebas de lo que era imaginable en 1688 o en 1787. Analizaré esta dinámica democrática de desafío y respuesta con el esquema de las cinco fases que he utilizado en capítulos anteriores.

Empecemos con la forma notable en que los Republicanos *señalaron* sus intenciones de iniciar un producción normativa de carácter superior excluyendo al Sur blanco del Capitolio. En marzo de 1866, el presidente Johnson había puesto sobre aviso a la nación acerca de esta afirmación no convencional de poder en dos mensajes de veto en los que rechazaba el programa Republicano. Este ataque presidencial empujó a los republicanos a la abrumadora tarea de formular una Decimocuarta Enmienda que les permitiese triunfar sobre su antagonista en la Casa Blanca.

Con el Presidente y la Convención/Congreso en un punto muerto en Washington, las elecciones de 1866 ofrecieron a ambos bandos la oportunidad de desacreditar la afirmación de sus oponentes de que hablaban en nombre del Pueblo. Tanto los Republicanos como sus antagonistas hicieron el máximo esfuerzo para producir un nuevo Congreso que repudiase la decisión del anterior de excluir al Sur o que la confirmase. La Decimocuarta Enmienda, cuyo destino dependía de este equilibrio, fue el tema central de la campaña.

El resultado fue una arrolladora victoria republicana. Los próximos dos capítulos consideran cómo esta victoria desencadenó posteriores esfuerzos no convencionales que finalmente llevaron a la ratificación y a la consolidación de la Decimocuarta Enmienda.

La línea base presidencial

Aunque el significado de la protección igual y el proceso debido sigue siendo polémico, ningún estadounidense sensato supone que el país estaría mejor *sin* la Decimocuarta Enmienda. Este consenso moderno nos lleva a suponer que la grandeza moral de la enmienda engendró un coro nacional de júbilo en el momento en que fue propuesta.

Nada más lejos de la verdad. Igual que la iniciativa de los Federalistas, la propuesta republicana dividió claramente al país. El problema era sencillo. Una abrumadora mayoría de estadounidenses blancos –tanto del Norte como del Sur– eran racistas. Cuando los norteños emanciparon a los esclavos antes de la Guerra Civil, lo hicieron en unos términos legales que hacían hincapié en la persistencia de su inferioridad; efectivamente, algunos estados del oeste prohibieron a los negros «libres» que cruzasen la frontera de su estado. Los negros solo podían votar en el nordeste[5].

Y sin embargo, los Republicanos estaban proponiendo desafiar este omnipresente prejuicio. La Decimocuarta Enmienda no solo garantizaba a los negros los privilegios e inmunidades a que tenían derecho como ciudadanos de Estados Unidos; les daba el derecho a romper las fronteras reclamando la ciudadanía del estado del que quisieran formar parte. No solo exigía a todos los estados proporcionar la protección igual de las leyes, sino que reducía la representación en el Congreso de los estados que negaban el voto a los negros. Para reivindicar estas reformas revolucionarias, los Republicanos tendrían que convencer a sus compatriotas para que superasen sus impulsos racistas. La verdadera sorpresa no fue que encontrasen resistencias, sino que consiguiesen obtener el apoyo popular sostenido para desafiar radicalmente unas prácticas políticas, legales y sociales tan enraizadas[6].

Este punto básico ha configurado mi perspectiva sobre el papel desempeñado por el presidente Johnson en la Reconstrucción. Al examinar sus intentos de restablecer la autoridad blanca en los estados del Sur, los historiadores del siglo XX han tendido a la ovación o al abucheo, en función de su opinión sobre los méritos de su programa; las ovaciones predominaron durante la primera mitad del siglo y los abucheos durante la segunda. Yo

---

[5] Los negros podían votar sobre la misma base que los blancos en Nueva Inglaterra (con la excepción de Connecticut). En Nueva York podían votar si cumplían determinados requisitos especiales respecto a la propiedad. E. Gambill, *Conservative Ordeal: Northern Democrats and Reconstruction, 1865-1868*, cit., p. 23. Aproximadamente el 90 por 100 de los negros del Norte vivían en estados que les excluían de las urnas, Leon Litwack, *North of Slavery: The Negro in the Free States, 1790-1860*, cit., p. 75.

[6] Este es el punto flaco de las interpretaciones de la enmienda que subrayan el omnipresente racismo de la época. Véase, por ejemplo, Raoul Berger, *Government by Judiciary*: *The transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1977. La enmienda constituye la prueba de que los estadounidenses *son capaces* de trascender sus instintos racistas en respuesta al ideal de la ciudadanía igualitaria.

me plantearé una cosa diferente: ¿cómo contribuyó la vehemente defensa que hizo el Presidente del constitucionalismo conservador al proceso más amplio que llevó finalmente a la mayoría de estadounidenses al compromiso revolucionario de exigir libertad igual para todos?

Mi respuesta hace hincapié en una *paradoja de la resistencia*. Con una lucha tan larga y difícil, el presidente aumentó considerablemente la legitimidad de la decisión que tomó el Pueblo de abrazar la reforma revolucionaria. Empezando por lo básico, sus esfuerzos a favor de los gobiernos blancos del Sur dieron al turbulento debate un anclaje pragmático en la realidad. En vez de perderse en vertiginosas abstracciones constitucionales, los estadounidenses pudieron emitir un juicio sobre la visión conservadora de la Reconstrucción después de hacerse una idea de lo que esta podría, o no, conseguir. Igualmente importante: la Reconstrucción presidencial empezó el complejo desarrollo por medio del cual tanto el Sur como el Norte participaron en el venturoso proceso de definir una identidad constitucional duradera. En vez de observar pasivamente cómo los norteños debatían la naturaleza de la Unión, los sureños blancos desempeñaron un papel poderoso en la determinación del resultado. En particular, si el electorado blanco hubiese seleccionado a unos líderes que hubiesen mantenido vigorosamente sus compromisos con la Unión y la emancipación, el presidente Johnson habría obtenido una inmensa ventaja en su defensa de la visión conservadora frente a la crítica republicana.

Pero, de hecho, el Sur blanco no confirmó sus palabras con los hechos, y esta disparidad erosionó continuamente la credibilidad de la visión conservadora del presidente. Mientras en Washington avanzaba el debate sobre la Decimocuarta Enmienda, el sombrío carácter de la «emancipación» prometida por la Decimotercera Enmienda se fue aclarando progresivamente a medida que un estado del Sur tras otro promulgaba Códigos Negros que consignaba a los «libertos» a la condición de siervos. Además, una serie continua de historias escabrosas de violencia contra unionistas negros y blancos puso de relieve el fracaso de los «blancos moderados» a la hora de poner toda la fuerza de la autoridad pública detrás de las manifestaciones de lealtad formal de sus gobiernos. Para colmo, la personalidad misma de los representantes del Sur en el Congreso puso de relieve el lado oscuro de la visión conservadora. Si bien algunos sureños pudieron tomarse el férreo juramento de los unionistas con buena conciencia, muchos no pudieron hacer lo mismo. Entre los ochenta sureños a los que se excluyó del 39º Congreso había diez generales confederados, cinco coroneles y nueve congresistas. ¡De hecho, Georgia había enviado al vicepresidente confederado Alexander H. Stephens a representar al estado en el Senado de los Estados Unidos![7].

[7] Véase Dan Carter, *When the War Was Over*, Baton Rouge y Londres, Louisiana State University Press, 1984, p. 229-230.

Con la precisión que se obtiene viendo las cosas retrospectivamente, es fácil suponer que la promesa de emancipación del Presidente sería destruida por las realidades de la vida que imperaban por debajo de la línea Mason-Dixon. Pero para la mayor parte de los estadounidenses, no era obvio cómo respondería el Sur blanco a su derrota militar. Y era perfectamente razonable que no diesen su apoyo a medidas más radicales a menos y hasta que los defectos de las teorías conservadoras del Presidente se pusieran de manifiesto en el mundo real. En este sentido fundamental, el experimento constitucional del Presidente mejoró enormemente la calidad deliberativa del proceso de producción normativa de carácter superior.

Es cierto, naturalmente, que «los hechos» surgidos del Sur fueron distorsionados de muchas maneras por innumerables partidarios, pero es erróneo juzgar el experimento del Presidente como si se hubiera llevado a cabo en un laboratorio científico o en un seminario de filosofía. Por encima de todo, la política constitucional es una política popular que afecta a gente ordinaria atrapada en una crisis de definición constitucional. Una preocupación apasionada y un conflicto amargo son aspectos característicos de dichos momentos. En vez de confiar en una milagrosa suspensión de las debilidades humanas, una constitución dualista proporciona mecanismos que alientan a los ciudadanos corrientes a poner a prueba sus reacciones iniciales ante patrones de experiencia relevantes, de modo que puedan finalmente elaborar un juicio ponderado sobre los asuntos que se les plantean[8].

Según este baremo, la Reconstrucción presidencial tuvo un valor muy sustancial, aunque diferente del que Johnson esperaba alcanzar. Fueran cuales fuesen sus debilidades (que eran muchas), garantizaba que los grandes principios de la Decimocuarta Enmienda no serían adoptados por los estadounidenses comunes en un momento en el que no tenían la menor idea de los grandes compromisos que estaban proclamando los políticos en su nombre. Como resultado del liderazgo presidencial, los estadounidenses estaban ganando un sentido concreto, aunque partidista y fragmentario, de la forma en que el Sur blanco estaba dispuesto a interpretar sus compromisos con la Unión y con la Decimotercera Enmienda. Si en última instancia los estadounidenses fueron más allá de esta visión conservadora, lo hicieron solamente después de considerarla como fundamentalmente inadecuada.

La fase señalizadora

Las escenas iniciales del 39º Congreso proporcionaron a la nación una dramática introducción a sus problemas constitucionales. Entra en escena

[8] Sobre el concepto de juicio ponderado o considerado, véase Bruce Ackerman, *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., capítulo 10.

por la derecha Horace Maynard, un representante recién elegido por Tennessee, un hombre de indiscutibles lealtades unionistas del estado natal del presidente[9] y que simboliza perfectamente la gran empresa presidencial. Al exigir su derecho a un escaño en la Cámara de Representantes, estaba representando al tipo de unionista blanco comprometido al que Johnson confiaba restablecer en el poder. ¿Acaso no debía darse a los Maynard/Johnson la confianza de dejarles hablar por este nuevo Sur leal?

Esta no era la primera vez que Maynard planteaba esta cuestión. Durante la Guerra Civil, el Congreso no tuvo problemas en darle un escaño como representante del distrito de Tennessee que había permanecido (más o menos) leal a la Unión[10]. Si Maynard era lo bastante bueno entonces, ¿por qué no ahora?

Entra en escena por la izquierda Edward McPherson, el secretario de la Cámara, político designado por Thaddeus Stevens, líder de la mayoría republicana. De acuerdo con la práctica establecida, McPherson abre la sesión pasando lista. Pero, siguiendo las instrucciones del comité central republicano, se niega a nombrar a los sureños que han ganado las elecciones. Como se pasa lista por orden alfabético, Maynard se levanta para protestar cuando su nombre es silenciado:

> Mr. Maynard: ¿Se niega el secretario a escucharme?
> El Secretario: Me niego a interrumpir el pasar lista…
> Mr. Morrill: Propongo que la Cámara proceda ahora a la elección del presidente de la Cámara para este 39º Congreso.
> Mr. Maynard: Antes de presentar esta moción…
> Mr. Stevens: ¡Les llamo al orden, caballeros!
> El Secretario: El secretario dictamina, como cuestión de orden, que no se puede reconocer a ningún caballero cuyo nombre no esté en la lista.
> Mr. Brooks [Demócrata de Nueva York][11]: Señor secretario, confío en que la moción no prospere hasta que no quede establecido quiénes son miembros de esta Cámara, hasta que sepamos si el honorable caballero de Tennesse [Mr. Maynard], que tiene en su poder, supongo, el certificado del gobernador de este estado, está autorizado a presentar

[9] Véase Oliver Temple, *Notable Men of Tennessee*, Nueva York, Cosmopolitan Press, 1912, pp. 138-141.

[10] Aunque Stevens había protestado, incluso entonces, por esta decisión. Véase *Congressional Globe*, 37º Congress, 2nd Sess., 1861, p. 2.

[11] El propio Brooks fue posteriormente expulsado de la Cámara en un desafío republicano a sus credenciales. Sin embargo, fue llamado de nuevo por sus compañeros demócratas para la votación de la Decimocuarta Enmienda.

> Mr. Eldrige: Deseo afirmar que si Mr. Brooks y Mr. Voorhees no hubiesen sido expulsados, habrían votado en contra de esta proposición [grandes risas].
> Mr. Schenck: Y yo deseo afirmar que si Jeff. Davis estuviese aquí, probablemente también habría votado en el mismo sentido [nuevas risas], *Congressional Globe*, 39º Congress, 1st Sess., 1866, p. 3149.

> sus credenciales o no. Espero que no tomemos una medida tan revolucionaria como esta sin al menos escuchar lo que tenga que decir el honorable caballero de Tennessee. Pues si Tennesse no está en la Unión, y no ha estado en la Unión, y no es un estado leal, y el pueblo de Tennessee son extranjeros y seres extraños a esta Unión, ¿con qué derecho usurpa el presidente de Estados Unidos su lugar en la Casa Blanca y en la capital del país siendo un extraño, un extranjero, y no alguien de un estado de la Unión?
> Si el secretario puede establecer un precedente, y puede dictar una regla para excluir a algunos miembros del hemiciclo de esta Cámara en virtud de su arbitraria voluntad, esto deja de ser un Congreso, y el secretario deja de ser un empleado de la Cámara y pasa a gobernar omnipotente esta organización. ¿Acaso no está en la Unión el estado de Tennessee?
> El Secretario: Con el consentimiento de sus señorías, si es el deseo de la Cámara conocer mis motivos, puedo exponerlos…
> Mr. Stevens: No es necesario. Todos los conocemos[12].

«Todos los conocemos»: Stevens hablaba en nombre de la nación en un sentido al menos. Los millones de estadounidenses que estaban siguiendo esta escena en la prensa *entendieron* perfectamente su profundo significado constitucional. A partir de entonces, Stevens presidiría una Convención/Congreso.

Quizá convenga una definición más formal de mi neologismo. Me referiré a una institución como «de tipo convención» cuando su percibida legitimidad resida ante todo en su apelación al ideal de la soberanía popular, más que en su legalidad establecida. Como la mayor parte de las definiciones, esta abarca casos más o menos claros. Los más claros comportan una ruptura *flagrante* con las normas constitucionales establecidas, como ocurrió, por ejemplo, cuando la Convención de Filadelfia rompió con el proceso de ratificación especificado por los Artículos de Confederación. Como describe el siguiente capítulo, la Convención/Congreso planteó una ruptura similar con el Artículo Cinco después de las elecciones de 1866.

Pero en esta fase temprana, la Convención/Congreso estaba todavía en una zona gris. Si bien todavía requería una gran extensión de las interpretaciones tradicionales, los Republicanos podían utilizar la responsabilidad constitucional para «garantizar una forma republicana de gobierno» como plataforma para montar una defensa legalista de su exclusión del Sur[13]. De todos modos, su acción era tan escandalosa que entendían muy bien la necesidad imperativa de complementar estos legalismos con agresivas invocaciones a la soberanía popular. Por ejemplo, aquí tenemos a John Bingham, el futuro redactor de la Decimocuarta Enmienda, replicando a

---

[12] *Congressional Globe*, 38º Congress, 2nd Sess., 1865, pp. 3-4.
[13] Véase el capítulo 4.

un discurso minuciosamente legalista pronunciado el 9 de enero de 1866 por el demócrata Daniel Voorhees en el que exigía la aceptación inmediata del Sur:

> Sr. Presidente, no estoy dispuesto a que su señoría [es decir, Voorhees], tras las dificultades por las que hemos atravesado todos, dé por supuesto que solo él, como representante del pueblo, es fiel a la Constitución de su país y a los sagrados derechos del pueblo de todo el país. Yo mismo reivindico cooperar con un partido de hombres tan benevolentes como pueda serlo su señoría [es decir, Voorhees], incluso respecto a estos últimos insurgentes, estos últimos conspiradores, estos hombres que ayer mismo atacaban a puñaladas el blanco pecho de nuestra madre patria. No estoy dispuesto a reconocer que estos caballeros [es decir, el Partido Demócrata] que, con sus declaraciones, prestaron ayuda y consuelo a la rebelión durante la gigantesca lucha, sean las únicas personas a las que se pueda confiar el honor y la dignidad de la mayor de las confianzas jamás otorgadas al cuidado de un pueblo sobre la tierra, la perpetuidad de la República. La República, señor, está en manos de sus amigos, y su seguridad solo se halla en manos de sus amigos. El partido de la República propone solo garantizar la seguridad en el futuro. No espera ni confía en indemnizaciones por el pasado. Propone, sin embargo, garantizar la seguridad en el futuro[14].

Aunque Voorhees estaba expresando las preocupaciones constitucionales de millones de estadounidenses, Bingham lo trata con una impaciencia displicente. Ningún ejercicio de sutileza constitucional puede ocultar la verdad de que Voorhees y su partido «con sus declaraciones […] prestaron ayuda y consuelo a la rebelión durante la gigantesca lucha». El hecho supremo es que «la República, señor, está en manos de sus amigos, y su seguridad solo se halla en manos de sus amigos»[15].

---

[14] *Congressional Globe*, 39º Congress, 1st Sess., 1866, p. 157.

[15] Samuel Shellabarger habla con un tono similar en un influyente discurso pronunciado el 8 de enero de 1866:

> Había, durante los años de la guerra, veintitrés senadores rebeldes […]. Esto representaba más de la tercera parte del Senado. Veintitrés senadores bastan para privar al Senado de todo poder para suscribir acuerdos, expulsar a un miembro del Senado o echar de su cargo por *impeachment* […] a un presidente imbécil que crea que la secesión es inconstitucional, y que la prevención de la secesión también lo es, como Buchanan. ¿Cuánto tiempo, señor, sobreviviría su gobierno con un Senado así, una tercera parte rebelde? […]. Ni una semana, señor.
>
> Pero, Sr. Presidente, esto es precisamente lo que […] puede ocurrir hoy si los estados son desleales en el fondo […].
>
> Si usted me contesta, rechazaré a estos veintitrés senadores rebeldes, no porque sus estados no puedan elegir a senador alguno, sino porque son «rebeldes»; la respuesta será en vano. Cuando Mason, Slidell, Davis y Breckenridge ocuparon por última vez sus escaños en su Senado, ¿quién sabía, quién podría haber demostrado que habían venido aquí para avergonzar y destrozar a su gobierno? ¿Podía alguno de ellos haber sido excluido en virtud de alguna descalificación personal conocida o determinable?

Un poco fuerte todo esto, pero no lo suficiente como para escandalizar a las Convenciones de 1688 y 1787. Naturalmente, una cosa es hacer afirmaciones de soberanía popular como estas y otra muy distinta hacer que sean aceptadas como legítimamente constitucionales. En 1787, fue el «tren» de las instituciones estatales y federales lo que dio a los Federalistas la autoridad para ir más allá de la fase señalizadora y para hacer una propuesta seria en nombre del Pueblo. Una necesidad similar de confirmación oficial era evidente en los momentos iniciales de la Convención/Congreso. Recuérdese que era el secretario de la Cámara el que trataba de responder la afirmación demócrata en virtud de la cual excluir al Sur significaba que «esto [...] deja de ser un Congreso». Pero, seguramente, alguien más importante que el secretario habría resuelto una cuestión tan fundamental[16].

Reconociéndolo, los Republicanos hicieron un serio intento de obtener la confirmación presidencial de su decisión. Fuera lo que fuese lo que pudiera decirse de Johnson, el hecho es que no era un *copperhead*. Tampoco lo era el secretario de Estado Seward, uno de los primeros líderes del partido Republicano[17] que cargó con las heridas de los asesinos de Lincoln. Si Johnson y Seward podían ser inducidos a aceptar la necesidad de una exclusión temporal del Sur, esto hubiese reforzado mucho la autoridad de la Convención/Congreso.

Pero estaba en juego algo más que la política simbólica. Johnson era un enemigo formidable. Su poder sobre las redes clientelares le permitió organizar a los trabajadores del partido en todos los distritos contra los congresistas descarriados. También pudo utilizar la Casa Blanca como plataforma para elaborar una visión conservadora de la Unión que tuviese un gran atractivo tanto para los Republicanos moderados como para los Demócratas. La oposición presidencial, simplemente, amenazaba con destruir al Partido Republicano, cuyos diez años de existencia apenas le garantizaban un lugar permanente en la política estadounidense.

Durante los primeros meses de la legislatura, la mayoría de los Republicanos del Congreso estaban dispuestos a hacer muchas concesiones

---

No, señor Presidente, no hay escapatoria», *Congressional Globe*, 39º Congress, 1st Sess.,1866, p. 145.

La compleja combinación que hace Shellabarger de elementos legalistas y no convencionales merce ser cuidadosamente estudiada.

[16] Esta no es la primera vez que nos encontramos con una *inversión de autoridad*. Recuérdese que fue un funcionario de bajo rango de la rama ejecutiva, Seward, el que afirmó el poder de consolidar la Decimotercera Enmienda por medio de una proclamación. Pero el acto de Seward se produjo al final de un largo y complejo proceso; el de McPherson, en cambio, se produjo al comienzo y era poco razonable esperar algo parecido a la aquiescencia oficial que obtuvo la proclamación de Seward.

[17] De hecho, Seward fue el candidato *radical* para la nominación republicana a la Presidencia en 1860 y perdió por un estrecho margen ante el moderado Lincoln.

para apaciguar al Presidente[18]. Provocando la indignación de radicales como Sumner y Stevens, los moderados se negaron a insistir en el sufragio negro como parte de un acuerdo que permitiese a los representantes del Sur recuperar sus escaños[19]. Esta concesión era crucial, ya que los gobiernos johnsonianos habían sido organizados solo con la participación de los blancos. Una vez que los Republicanos del Congreso hubieron renunciado a este punto ya no había ningún impedimento fundamental para el reconocimiento de los gobiernos johnsonianos y para el retorno a un Congreso normal de treinta y seis estados.

Centrales a esta estrategia acomodaticia fueron dos leyes que se propusieron. El *Freedmen's Bureau Bill* [Proyecto de ley sobre la Oficina de los Libertos] autorizaba una ampliación de los esfuerzos federales para proporcionar ayuda extraordinaria a los negros recién emancipados. La *Civil Rights Act* [Ley de Derechos Civiles] invalidó *Dred Scott* declarando a los libertos ciudadanos de Estados Unidos y garantizándoles derechos federales «con el pleno e igual beneficio de todas las leyes y procedimientos para la seguridad de las personas y la propiedad de que gozan los ciudadanos blancos»[20]. Si el Presidente aceptaba estos esfuerzos legales limitados, aunque fundamentales, para cumplir la promesa de la Decimotercera Enmienda, los Republicanos empezarían a resolver la crisis de la exclusión admitiendo gobiernos johnsonianos en sus escaños en el Congreso. Tennessee proporcionó un buen precedente: no solo era el estado del Presidente, sino que su gobierno estaba dominado por hombres de probada lealtad. A mediados de febrero, los escaños de Tennessee estaban siendo seriamente considerados por el Comité Conjunto para la Reconstrucción[21].

La respuesta de Johnson marca un momento crítico en el proceso de producción normativa de carácter superior. No solo vetó las dos leyes republicanas, sino que lanzó un ataque frontal a la legitimidad de la Convención/Congreso. Este es un pasaje muy importante del veto al proyecto de ley sobre la Oficina de los Libertos:

> No puedo sino añadir otra grave objeción a este proyecto de ley. La Constitución declara imperativamente, en conexión con el sistema tributario, que cada Estado *tendrá* al menos un representante, y establece la regla para determinar el número de ellos al que, en el futuro, tendrá derecho cada estado. También estipula que el Senado de Estados Unidos *estará* compuesto de dos senadores por cada estado, y añade con una fuerza particular que «ningún estado, sin su consentimiento, será privado de su sufragio igual en el Senado». La ley original [la que

[18] Véase, por ejemplo, C. Schurz, *The Reminiscences of Carl Schurz*, cit., vol. 3, pp. 225-229.
[19] Michael Benedict, *A Compromise of Principle*, Nueva York, W.W. Norton, 1974, pp. 216-222.
[20] Sec. 1, 14 *Stat.*, 1866, p. 27.
[21] Véase E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., p. 286.

> establecía la *Freedmen Bureau*] fue necesariamente aprobada en ausencia de los principales estados afectados, porque sus habitantes estaban entonces contumazmente implicados en la rebelión. Ahora las cosas han cambiado, y al menos algunos de estos estados están acudiendo al Congreso en la persona de sus representantes leales, que solicitan la asignación del derecho constitucional de representación. Sin embargo, en el momento de la consideración y la aprobación de este proyecto de ley no había ningún senador ni representante en el Congreso de estos once estados, que son los principalmente afectados por sus disposiciones. El hecho mismo de que se hayan elaborado informes en contra de la buena disposición de los habitantes de esta parte del país es un motivo adicional para que tengan representantes propios en el Congreso que expliquen su condición, respondan a las acusaciones que se les hacen y contribuyan con sus conocimientos a perfeccionar las medidas que les afectan de manera inmediata […]. No interferiré en el incuestionable derecho del Congreso a juzgar, cada Cámara por sí misma, «la elección, retorno y cualificaciones de sus propios miembros», pero esta autoridad no puede interpretarse como si incluyese el derecho de privar en tiempo de paz a ningún estado de la representación a la que tiene derecho en virtud de la Constitución. En este momento, todos los habitantes de once estados están excluidos, los que se mantuvieron leales durante la guerra no menos que los demás […].

El Presidente de Estados Unidos está respecto al país en una posición diferente a la de cualquier miembro del Congreso. Los miembros del Congreso son elegidos en un solo distrito o Estado; el Presidente es elegido por el pueblo de todos los estados. Como en este momento once estados no están representados en ninguna de las cámaras del Congreso, sería su deber en todas las ocasiones apropiadas presentar sus justas reivindicaciones al Congreso […]. De acuerdo con la educación política del pueblo estadounidense, la idea de que el consentimiento de la mayoría de todo el pueblo es necesaria para garantizar la voluntaria aquiescencia a la legislación, es una idea inherente e imposible de erradicar[22].

El Presidente no solo está negando que el Congreso Remanente pueda representar a «todo el pueblo». Está reivindicando un papel afirmativo como tribuno popular, representando al Pueblo de una forma que el Congreso Remanente no puede emular.

---

[22] J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, pp. 403-405 (comunicación de veto de Andrew Johnson, 19 de febrero de 1866); véase también la discusión menos elaborada en *ibid*., pp. 405-406 (veto al proyecto de ley de derechos civiles, 27 de marzo de 1866). Hay motivos para creer que la sección citada fue escrita por el propio Johnson. Véase J. Cox y L. Cox, «Andrew Johnson and His Ghost Writers», *Mississippi Valley History Review*, cit., pp. 470-472.

La Convención/Congreso se tambaleó ante estas «sombrías» y «siniestras» reivindicaciones[23], y lo mismo hacen muchos historiadores modernos que condenan a menudo la «obstinación» de Johnson y su incapacidad para hacer el gesto de ofrecer una rama de olivo[24]. Yo tengo un punto de vista diferente. No niego que Johnson fuese una persona obstinada, como lo eran Thaddeus Stevens, Charles Sumner y tantos otros. Discuto la premisa de que la «obstinación» en defensa del principio constitucional sea siempre un defecto.

Desde una perspectiva dualista, la «obstinación» de Johnson desempeñó un papel vital en la estructuración del ascenso popular a una forma superior de producción normativa, en la que los líderes políticos buscaban movilizar a masas de seguidores a favor de visiones rivales de la identidad constitucional. Al fin y al cabo, el Presidente pisaba terreno firme cuando hacía referencia a las cuestiones profundas suscitadas por la crisis de la exclusión. No pretendo decir que tuviese «razón» y que sus oponentes estuviesen «equivocados» acerca del «verdadero significado» de la garantía constitucional del gobierno republicano[25]. Mi opinión es más compleja. En los momentos de crisis graves, nuestro sistema no trata de encontrar rápidamente un «ganador» fácil de una discusión constitucional. Proporciona a *ambos* bandos un vocabulario rico para defender su posición y los alienta a utilizar los recursos de un lenguaje común para definir cuestiones críticas y proceder posteriormente a un debate y, en última instancia, a una resolución democrática por parte del Pueblo.

Quizá un experimento mnetal pueda clarificar el asunto. Imagine que es usted un dramaturgo al que le han encargado escribir un guión que exprese los asuntos constitucionales básicos suscitados después de la Guerra Civil. «¿Se permitirá a los blancos del Sur mantener, de una forma diferente, su antigua supremacía social y política? ¿Hasta qué punto está el Norte realmente interesado en la suerte de los negros del Sur?» y así sucesivamente. En vez de escribir una disertación erudita, usted trata de encontrar una serie de imágenes dramáticas que hagan que estas preguntas tengan un sentido para una audiencia masiva. ¿Podría usted mejorar la escena a la que asistió el pueblo estadounidense durante la primavera de 1866 gracias a la Constitución de Estados Unidos? En un extremo de la Pensilvania Avenue, un grupo de «amigos de la República» popularmente elegidos rechazan las pretensiones de unos sureños sospechosos que reclaman su admisión en los consejos de la Unión. En el otro extremo de la Avenida, un sureño blanco que permaneció fiel a la Unión durante su tiempo de prueba declara que el Sur blanco *ha aprendido* las lecciones de la Guerra Civil. ¿Quién tiene razón?

---

[23] Estas caracterizaciones proceden de C. Schurz, *The Reminiscences of Carl Schurz*, cit., pp. 226, 229.
[24] E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., pp. 292-293; Hans Trefousse, *Andrew Johnson*, Nueva York, W. W. Norton and Company, 1989, p. 252.
[25] Véase el capítulo 4 para los argumentos a favor y en contra.

Mientras el guión se fue desarrollando en la primavera de 1866, continuó dramatizando esta simple pero básica cuestión. El 21 de febrero, a los Republicanos del Senado les faltaron dos votos para invalidar el veto del Presidente a la *Freedmen's Bureau Act*. Incluso después de excluir al Sur, la Convención/Congreso fue incapaz de superar el reto de la comunicación del veto a su autoridad constitucional. Un mes más tarde, los Republicanos lo hicieron mejor y lograron convencer a dos tercios del Senado para invalidar el veto del Presidente a la *Civil Rights Act*, aunque solo después de excluir a un senador demócrata de Nueva Jersey alegando unos motivos más que dudosos[26].

A finales de marzo, la separación de poderes había metido la directa como motor de articulación constitucional. Los poderes del Estado enfrentados denunciaban mutuamente su autoridad para hablar en nombre del Pueblo, lanzando una contraargumentación que enmarcaba la siguiente fase de debate, movilización y decisión popular. Fue esa dinámica no convencional, mucho más que los mecanismos del Artículo Cinco, la que organizaría la siguiente batalla.

La fase de la propuesta

Johnson tenía una gran ventaja sobre la Convención/Congreso. Podía actuar unilateralmente sin necesidad de reconciliar las ideas contradictorias de los más tenaces congresistas. Dicho con las desesperadas palabras utilizadas por *The Nation* el 22 de marzo:

> Oímos hablar mucho de la política del Presidente; es algo definitivo, determinado, capaz de ser puesto negro sobre blanco y de ser discutido en todos sus aspectos. Pero nunca oímos hablar de la política del Congreso, porque no hay tal cosa. El pueblo está dispuesto a mantener fuera al Sur hasta que cumpla ciertas condiciones, pero quiere saber cuáles son estas condiciones [...]. El Comité para la Reconstrucción ha tomado varias medidas valiosas, cada una de las cuales ha resuelto alguna gran carencia de la crisis, pero sin elaborar un plan bien definido [...].

Ahora ha de comenzar un trabajo más serio que el hecho hasta ahora. Si no lo hace [...] mucho nos tememos que el próximo otoño la gente habrá perdido completamente la paciencia con el Congreso y estará dispuesta a dejar que el Presidente y sus amigos se salgan con la suya[27].

---

[26] Un informe relativamente equilibrado de la sorprendente exclusión del senador John Stockton es el que presenta C. Schurz, *The Reminiscences of Carl Schurz*, cit., vol. 3, p. 233.

[27] *The Nation*, 22 de marzo de 1866, citado en E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., p. 344.

Pero poco a poco la amenaza de un desastre electoral inminente fue ocupando la mente del Congreso y llevó a los Republicanos a negociar la Decimocuarta Enmienda a finales de junio de 1866, justo a tiempo para incluirla en el programa del partido para las elecciones de otoño.

La defensa no convencional de la Decimocuarta Enmienda

Pero el voto que consiguieron emitir a favor de la enmienda –ciento veinte en la Cámara de Representantes, treinta y tres en el Senado– no hizo sino poner de manifiesto el carácter crucial de la exclusión sureña. Con una plena participación del Sur, una mayoría de dos tercios requería ciento sesenta y dos votos en la Cámara de Representantes y cuarenta y ocho en el Senado[28]. No serían suficientes para que en otoño los Republicanos defendieran ante el país los méritos de su propuesta. La verdadera cuestión era más profunda: ¿qué justificaba a la Convención/Congreso para hacer una propuesta tan revolucionaria al tiempo que excluía al Sur?

Esta cuestión está en el centro mismo del gran informe presentado por el Comité Conjunto para la Reconstrucción en apoyo de la Decimocuarta Enmienda. Preparado por el senador William Pitt Fessenden y aprobado por los líderes de la Cámara de Representantes y del Senado, el informe fue uno de los principales documentos de la campaña. Para unos ojos modernos contiene pocas cosas de interés dado que apenas discute el significado de conceptos centrales como «protección igual» y «proceso debido»[29]. Pero el Comité tenía cosas más urgentes que hacer que ayudar a los modernos estadounidenses con sus problemas doctrinales. Su tarea crucial era explicar por qué el Congreso tenía autoridad para proponer una enmienda cuando solo podía hablar por veinticinco de los treinta y seis estados. Desde la primera página, el Comité establece un duelo institucional con el Presidente, negando su poder para restablecer gobiernos civiles en el Sur. Utilizando la Cláusula de Garantías como base, el informe presenta una mezcla de argumentos legales y translegales característica de las demandas no convencionales de autoridad. Por un lado, contiene una enumeración elaborada

[28] *Congressional Globe*, 39º Congress, 1st Sess., 1866, p. 3149 (Cámara: síes, ciento y veinte; noes, treinta y dos; abstenciones, treinta y dos) (13 de junio de 1866); *ibid.*, p. 3042 (Senado: síes, treinta y tres; noes, once; ausentes, cinco) (8 de junio de 1866). En la Cámara de Representantes, los once estados excluidos habrían podido emitir sesenta y un votos: Alabama seis, Arkansas tres, Florida uno, Georgia siete, Luisiana cinco, Misisipi cinco, Carolina del Norte siete, Carolina del Sur cuatro, Tennessee ocho, Texas cuatro, Virginia once, elevando el total de votos de ciento ochenta y cuatro a doscientos cuarenta y tres. (Estas cifras provienen de Joel Treese *et al.*, *Biographical Directory of the American Congress 1774-1996*, Alexandria (VA), CQ Staff Directories, 1996, p. 37. En el Senado, los once estados excluidos habrían tenido veintidós escaños.

[29] Las únicas discusiones superficiales aparecen en el *Report of the Joint Committee on Reconstruction*, en E. McPherson, *The Political History of the United States of America during the Period of Reconstruction*, cit., pp. 88, 91, 93.

de las deficiencias del proceso por el cual se habían constituido los gobiernos johnsonianos durante los meses anteriores, quejándose de la falta de documentación legal proporcionada por los nuevos gobiernos del Sur, cuestionando la suficiencia legal de los procesos de restauración marcados por el Presidente, etcétera[30]. Por otro lado, el Comité desestima la noción de que los gobiernos del Sur podrían normalizar su estatus político puntualizando unas cuantas cosas y pasando por unos cuantos aros legales más.

> Debería considerarse positivamente que ellos [los estados del Sur] estén preparados y dispuestos de buena fe a aceptar los resultados de la guerra, a abandonar su hostilidad para con el gobierno, y a vivir en paz y amistad con el pueblo de los estados leales, ampliando a todas las clases de ciudadanos derechos y privilegios iguales, y adecuándose a la idea republicana de libertad e igualdad. Deben manifestar en sus actos algo más que una sumisión no voluntaria a la necesidad inevitable, un sentimiento, si no alegre, sí ciertamente no ofensivo ni desafiante. Y deberían mostrar un rechazo absoluto a toda hostilidad al gobierno general, con una aceptación de las condiciones justas y razonables que dicho gobierno considere que exige la seguridad pública. ¿Se ha hecho esto? Fijémonos en los hechos que revelan las pruebas aportadas por el comité.
>
> Apenas terminada la guerra, el pueblo de estos estados sediciosos se presenta y altivamente reclama, como un derecho, el privilegio de participar inmediatamente en el gobierno al que, luchando durante cuatro años, ha tratado de derrocar. Impelidos y alentados por el ejecutivo a organizar gobiernos estatales, colocan inmediatamente en el poder a destacados rebeldes, que no se han arrepentido ni han sido perdonados, y excluyen desdeñosos a quienes han manifestado un compromiso con la Unión, prefiriendo en muchas ocasiones a aquellos que se han portado de forma más detestable. Frente a la ley que exige un juramento que debería excluir necesariamente a tales hombres de los cargos federales, eligen, con muy pocas excepciones, como senadores y representantes en el Congreso, a unos hombres que han participado activamente en la rebelión y que han denunciado de manera insultante a la ley como inconstitucional […]. Sin manifestar arrepentimiento, enorgulleciéndose claramente del delito que han cometido, incluso confesando todavía […] adhesión a la perniciosa doctrina de la secesión, y declarando que ceden solo por necesidad, insisten, con una voz unánime, en sus derechos como estados, y proclaman que no se someterán a ninguna condición previa a su reasunción del poder bajo una Constitución de la que declaran tener derecho a repudiar[31].

El informe pide nada menos que una transformación espiritual del Sur. Hasta que los sureños manifiesten su arrepentimiento, el Congreso no tendrá en

[30] He considerado este aspecto del *Report of the Joint Committee on Reconstruction* en el capítulo 4.
[31] *Report of the Joint Committee on Reconstruction*, cit., p. 90.

cuenta sus demandas legalistas de admisión: «La traición, derrotada en el campo de batalla, solo espera tomar posesión del Congreso y del gabinete»[32].

Hemos visto esto antes. Del mismo modo que Fessenden defendió la autoridad de la Convención/Congreso, Madison defendió la autoridad de la Convención de Filadelfia contra la crítica legalista de los Antifederalistas. Este es un texto comparable sacado de *The Federalist Papers*:

> Veamos los fundamentos sobre los que se asienta la Convención […]. Tienen que haber reflexionado que en todos los grandes cambios habidos en los gobiernos establecidos, las formas han tenido que dar paso a la sustancia […] tampoco tienen que haber olvidado que en ninguna parte se vio el menor escrúpulo intempestivo, ni el afán de adherirse a las formas ordinarias, excepto en aquellos que deseaban permitirse, bajo estas máscaras, su secreta enemistad a la sustancia por la que se competía. Tienen que haber tenido en cuenta que, como el plan que había que elaborar y proponer sería sometido *al propio pueblo*, la desaprobación de esta suprema autoridad lo destruiría para siempre, y su aprobación borraría errores e irregularidades anteriores[33].

Hay un peligro aquí. Cuando Madison compara a sus oponentes formalistas con unos *tories* desleales que utilizan la legalidad como una «máscara» para ocultar su «secreta enemistad»; cuando Fessenden trata el legalismo como una forma de «traición», estamos llegando al punto en que las instituciones de tipo convención amenazan con escorarse fuera de todo control democrático y el autoproclamado Partido de la Virtud rompe las ataduras con todas las limitaciones constitucionales.

Pero es aquí donde la diferencia esencial entre líderes como Madison y Fessenden, y aquellos como Robespierre y Lenin, se pone en evidencia. Aunque Federalistas y Republicanos cuestionan los procedimientos normales, no están dispuestos a hacer añicos las estructuras legitimadoras en las que están inmersos. Fessenden no reclama la autoridad de imponer la Decimocuarta Enmienda al Sur por la fuerza bruta. Al igual que *The Federalist Papers* su *Informe* trata de adaptar las instituciones existentes a una nueva y democrática pauta de ratificación.

Al abordar la cuestión de la ratificación, el Comité navega entre dos extremos. Por un lado, no aprueba en ninguna parte la afirmación radical de que tres cuartas partes de estados del Norte son suficientes. Por otro lado, rechaza explícitamente la afirmación johnsoniana de que debería

---

[32] *Ibid*., p. 87.

[33] *The Federalist*, núm. 40, C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., pp. 252-253. Discuto este pasaje de una manera más amplia en mi *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., pp. 205-208.

concederse a los nuevos gobiernos del Sur el derecho *normal* a rechazar la enmienda por cualquier motivo que consideren adecuado. En vez de ello, el Comité propone una ley extrarodinaria que permitiría a los gobiernos del Sur participar en la ratificación de acuerdo con unas normas básicas anómalas. Esta norma pretende condicionar la futura representación en el Congreso de los gobiernos johnsonianos a su aprobación de la enmienda: «Si bien es conveniente que los estados recientemente en insurrección recuperen, en un tiempo lo más breve posible coherente con la futura paz y seguridad de la Unión, la plena participación en todos los derechos políticos», la ley indica que si los gobiernos johnsonianos apoyan la Enmienda[34], sus representantes podrían recuperar sus escaños en el Congreso.

Este intento inicial de diseñar un mecanismo desencadenante no convencional no regularía, de hecho, la batalla por la ratificación. Pero sugiere que el Congreso ya se estaba tomando en serio el problema.

Contrapunto presidencial

El Presidente tenía sus propias ideas. Nueve días después de que el Congreso propusiera la Enmienda, respondió con un mensaje sin precedentes. En su primer párrafo constataba que el secretario de Estado había enviado la propuesta a los estados para su ratificación. Los dos párrafos finales no han de ser parafraseados.

> Incluso en épocas ordinarias, cualquier propuesta de enmendar la Constitución ha de ser considerada de importancia primordial. Esta importancia se ve realzada en este momento por el hecho de que la resolución conjunta no fue sometida por las dos Cámaras a la aprobación del Presidente, y porque de los treinta y seis estados que forman la Unión, once estan excluidos de representación en las dos Cámaras del Congreso, aunque, con la sola excepción de Texas, han sido enteramente restituidos en todas sus funciones como estados, de conformidad con la ley orgánica del país, y han aparecido en la capital nacional como senadores y representantes que han solicitado, y les ha sido denegada, la admisión en los escaños vacantes. Tampoco se ha ofrecido aún al pueblo soberano de la nación la oportunidad de expresar su opinión sobre las importantes cuestiones a las que se refiere la Enmienda. Pueden, por consiguiente, surgir graves dudas de forma justa y natural respecto a si la acción del

[34] Para ser más precisos, la norma no permitía a ningún estado del Sur esperar la readmisión en el Congreso hasta que «la más arriba citada enmienda se hubiese convertido en parte de la Constitución de Estados Unidos y todos los estados que recientemente habían estado en insurrección la hubiesen ratificado y modificado su constitución y sus leyes de conformidad con la misma», *Report of the Joint Committee on Reconstruction*, cit., p. v. Así, aunque un estado sureño individual aprobase la enmienda, permanecería en una especie de limbo en la medida en que el ejercicio del veto del Artículo Cinco por parte de otros estados siguiese siendo posible. Esta sugerencia –y su flagrante ruptura con el Artículo Cinco– la trataremos a fondo más adelante. Véase el capítulo 7.

> gobierno está en armonía con los sentimientos del pueblo, y respecto a si las Asambleas legislativas de los estados, elegidas sin referencia a este tema, deben ser llamadas por el Congreso para que decidan respecto a la ratificación de la Enmienda propuesta.
>
> Haciendo caso omiso de la cuestión relativa a la validez constitucional de los procedimientos del Congreso en cuanto a la resolución conjunta que propone la Enmienda, o de los méritos del Artículo que la somete, con el concurso del departamento ejecutivo, a las Asambleas legislativas de los estados considero apropiado observar que los pasos dados por el secretario de Estado, tal y como se detallan en el informe adjunto, han de ser considerados como puramente ministeriales y que de ningún modo comprometen al ejecutivo a una aprobación o a una recomendación de la Enmienda a las Asambleas legislativas del los estados o al pueblo. Por el contrario, la valoración adecuada de la letra y el espíritu de la Constitución y la ponderación del interés, la armonía y el orden nacional de la unión, así como la deferencia debida a la exigencia de un juicio público fundamentado, suscitarían dudas en este momento en cuanto a si cualquier Enmienda a la Constitución ha de ser propuesta por el Congreso y presentada a las Asambleas legislativas de los diversos estados para su decisión final hasta que no hayan sido admitidos aquellos senadores y representantes leales de los estados actualmente no representados que han sido elegidos o puedan serlo en lo sucesivo de conformidad con la Constitución y las leyes de Estados Unidos[35].

Esta notable protesta representa otro hito en el ascenso del liderazgo presidencial. Recuérdese que Lincoln había roto con precedentes anteriores aprobando formalmente la propuesta del Congreso de la Decimotercera Enmienda antes de enviarla a los estados[36]. Johnson está ahora afirmando la autoridad del Presidente para intervenir con la misma fuerza, pero en una dirección contraria.

La elección desencadenante

Dada la exclusión del Sur, las elecciones a la Cámara de Representantes estuvieron cargadas de un extraordinario significado constitucional. La cuestión operativa crucial era la de si los Republicanos podían obtenerse ciento veintidós escaños, que era el número que les daba la mayoría en la Cámara de Representantes, contando también los escaños del Sur[37].

Si los Republicanos se quedaban cortos, se exponían a un contraataque devastador. El Presidente se sentiría entonces libre de reconocer a los ciento

---

35 *Congressional Globe*, 39º Congress, 1st Sess., 1866, p. 3349.
36 Véase el capítulo 5.
37 M. Benedict, *A Compromise of Principle*, cit., p. 207.

veintidós representantes johnsonianos del Norte y del Sur, junto con sus colegas conservadores del Senado[38], como *el* Congreso. Esto colocaría a los Republicanos más radicales entre la espada y la pared: o bien ocupaban mansamente sus escaños en el Congreso johnsoniano, o trataban de continuar afirmando que ellos eran el «verdadero» Congreso pese a estar en minoría. En ambos casos, el Presidente habría obtenido una contundente victoria: si los Republicanos norteños se unían al Congreso johnsoniano, ya no tendrían los votos necesarios para adoptar medidas no convencionales para inducir al Sur blanco a ratificar la Decimocuarta Enmienda. Si boicoteaban el Congreso del Presidente quedarían, a ojos de este, como lo que eran: unos radicales dispuestos a desmembrar a la Unión para conseguir sus objetivos más extremos.

Una pérdida tan solo de veinte a treinta escaños en la Cámara de Representantes exponía a los Republicanos a esta amenaza[39]; y el peligro fue uno de los temas de la oratoria republicana durante la campaña[40]. Efectivamente, cuando más tarde los Republicanos redactaron los artículos del *impeachment* contra el Presidente, el ataque frontal de este se convirtió en sustancia de «alta traición y delito». Solo se presentó un artículo de *impeachment* (el Artículo XI), y empezaba así:

> Andrew Johnson […] el 18 de agosto de 1866, en la ciudad de Washington, Distrito de Columbia, en discurso público, declaró y afirmó en esencia que el 39º Congreso de Estados Unidos no era un Congreso de los Estados Unidos autorizado a ejercer el poder legislativo, sino que por el contrario era un Congreso de solo parte de los Estados, negando por consiguiente y pretendiendo negar que la legislación de dicho Congreso fuese válida u obligatoria para él, excepto en la medida en que el propio Andrew Johnson considerase apropiado aprobarla, y también negando y pretendiendo rechazar, por consiguiente, el poder de dicho 39º Congreso para proponer enmiendas a la Constitución de Estados Unidos […][41].

---

[38] Diecisiete escaños del Norte en el Senado, trece de los Republicanos y cuatro de los Demócratas, habían de ser elegidos. El Presidente podría haber ganado una mayoría absoluta solo si hubiese continuado controlando los cuatro escaños demócratas y hubiese capturado nueve de los trece escaños republicanos disponibles. Un resultado tan aplastante era poco probable. Cf. J. James, *The Ratification of the Fourteenth Amendment*, cit., p. 87. Incluso así, un éxito sustancial habría permitido a Johnson convencer a los Republicanos conservadores de entrar en un Senado «presidencialmente reconocido» o, lo que era más probable, presionar de modo contundente a sus colegas para finalizar la crisis admitiendo al Sur.

[39] M. Benedict, *A Compromise of Principle*, cit., p. 207.

[40] Véase, por ejemplo, *The Nation*, 20 de septiembre de 1866, p. 230 («garantizar este importantísimo punto, *la elección de al menos 122 Republicanos a la próxima Cámara de Representantes*, la única forma […] de salvar al país de un estallido de violencia»), citado en M. Benedict, *A Compromise of Principle*, cit., p. 207.

[41] Véase el cap. 8. El Artículo X está enteramente dedicado a la conducta del Presidente durante la campaña electoral de 1866, pero desempeñó un papel menor en el juicio.

El desafío de Johnson también fue enérgicamente recordado en las discusiones iniciales del juicio sobre el *impeachment*:

> ¿Acaso alguien duda de que si las intenciones del demandado [es decir, del Presidente] se hubiesen llevado a cabo y sus denuncias [durante las elecciones de 1866] hubiesen debilitado al Congreso en el afecto del pueblo, de modo que [sus partidarios en el Norte y en el Sur hubiesen] formado una mayoría en las dos Cámaras del Congreso, el Presidente hubiese reconocido a dicho organismo como el Congreso legítimo y hubiese tratado de cumplir sus decretos con ayuda del Ejército, la Marina y el Departamento del Tesoro […] encendiendo de este modo la antorcha de la guerra civil?[42].

Estas observaciones las hizo el congresista Ben Butler, un hombre no precisamente conocido por el uso de eufemismos. Si bien la referencia a la guerra civil puede parecer extrema[43], las observaciones de Butler sugieren lo mucho que había en juego constitucionalmente para la opinión pública en aquellas elecciones.

Poco después de que el Presidente presentase su protesta formal contra la Decimocuarta Enmienda, llegó una llamada de Washington invitando a aquellos que «defienden a la Administración en el mantenimiento íntegro de la Unión de los Estados bajo la Constitución» a reunirse en una Convención de la Unión Nacional para preparar las elecciones. El objetivo de la convención era organizar un nuevo partido moderado-conservador cuya victoria desacreditase las propuestas constitucionales del liderazgo del Congreso existente.

Igual que había ocurrido tantas veces antes, la palabra *convención* dramatizaba los límites de la forma legal de establecer la legitimidad política. Reuniéndose en Filadelfia (¿dónde, si no?)[44], la convención era la primera asamblea importante desde la Guerra Civil que incluía a líderes políticos del Norte y del Sur[45]. Desde el primer momento su reto a la legitimidad

---

[42] *Proceedings in the Trial of Andrew Johnson, President of the United States, on Articles of Impeachment Exhibited by the House of Representatives*, 1868, p. 77.

[43] Los temores de Butler resuenan en los escritos de otros muchos personajes más ecuánimes: «Casi pienso que [Johnson] está contemplando la posibilidad de una guerra civil», carta de J. Sherman a W. T. Sherman, 8 de julio de 1866, publicada en *The Sherman Letters, Correspondence between General and Senator Sherman from 1837 to 1891,* 1894, p. 276, citada en L. Cox y J. Cox, *Politics, Principle, and Prejudice, 1865-1866*, cit., pp. 222-223.

[44] El paralelismo con la Convención de 1787 fue explotado todo lo posible. El profesor Thomas Wagstaff, por ejemplo, describe el mensaje presentado por el senador James Doolittle al aceptar la presidencia: «La Convención de la Unión Nacional continuará y perfeccionará el trabajo iniciado por los Padres Fundadores en 1787», Thomas Wagstaff, «The Arm-in-Arm Convention», *Civil War History*, vol. 14, 1968, pp. 101, 113.

[45] La convocatoria de la convención se hizo a treinta y seis estados, nueve territorios y al Distrito de Columbia, J. James, *The Ratification of the Fourteenth Amendment*, cit., p. 31. Cada estado tenía asignado un número de delegados igual al doble del número de su representación habitual

del Congreso fue inequívoca: su cortejo inicial lo encabezaron las delegaciones de Massachusetts y de Carolina del Sur, que entraron juntas en la sala. El mensaje era muy claro: mientras que el «Congreso» republicano de Washington solo hablaba por el Norte, la Convención de Filadelfia representaba *legítimamente* a Nosotros, el Pueblo de los Estados (Re) Unidos. Para subrayar la amplitud del nuevo movimiento, el congresista Henry Raymond había sido seleccionado para que proclamase la declaración de principios de la convención. Presidente del Comité Nacional Republicano y editor de *The New York Times*, Raymond ejemplificaba a los moderados del Norte a los que la Unión Nacional trataba de reclutar en contra de la Convención/Congreso[46].

El programa era un panegírico a Andrew Johnson, «inquebrantable en su devoción a la Constitución… igual a la gran crisis a la que está unida su suerte»[47]. Insistía en que «todos los estados tienen un derecho igual e irrevocable a voz y a voto» para cambiar la ley superior[48]. El 18 de agosto, se presentaba formalmente el programa al Presidente en Washington, provocando el discurso que más tarde sería calificado de «alta traición y de delito»[49].

---

en el Congreso. Th. Wagstaff, «The Arm-in-Arm Convention», cit., pp. 101, 104. En el Norte, cada estado tenía que enviar cuatro delegados de cada distrito congresional, dos unionistas y dos demócratas. M. Benedict, Benedict, *A Compromise of Principle*, cit., p. 193. Esta división igual no se requirió a los delegados del Sur, E. Gambill, *Conservative Ordeal: Northern Democrats and Reconstruction, 1865-1868*, cit., p. 65. Mientras que la selección de los delegados del Norte era controlada por organizaciones partidistas estatales, *ibid.*, la selección del Sur estaba menos centralmente organizada, D. Carter, *When the War Was Over*, cit., p. 247.
La pretensión original de los organizadores de la convención era impedir la elección de delegados que se hubiesen «manifestado de forma muy activa o prominente a favor o en contra de la secesión», *ibid.*, p. 246, para excluir a los *copperheads* extremistas (E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., p. 405), y atraer a los Republicanos moderados y conservadores así como a los Demócratas de ideas afines. Idealmente, los delegados «suscribirían los principios de no a la secesión, no a la esclavitud y no al derecho de mantener a los estados sin representación», J. James, *The Ratification of the Fourteenth Amendment*, cit., p. 31.

[46] Después de su acto de apostasía, Raymond fue relevado de la presidencia por el voto de una reunión ilegal del Comité Nacional de la Unión Republicana en Filadelfia, el 3 de septiembre, E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., p. 420.

[47] Th. Wagstaff, «The Arm-in-Arm Convention», cit., pp. 101, 117. Este panegírico estaba incluido en la última de las diez declaraciones que componían el programa de la Unión Nacional. Véase E. McPherson, *The Political History of the United States of America during the Period of Reconstruction*, cit., p. 241.

[48] El sexto principio del Programa de Unión Nacional declaraba: «[…] las enmiendas a la Constitución de Estados Unidos las realizará el pueblo de la forma que considere conveniente, pero solo del modo establecido en sus disposiciones; y al proponer tales enmiendas, tanto por el Congreso como por una convención, así como para ratificarlas, todos los estados de la Unión tendrán un derecho irrevocable igual a voz y a voto», *ibid.*, p. 241.

[49] Para el texto del discurso, véase «Reply to Committee from Philadelphia National Union Convention», en Le Roy P. Graf, Ralph W. Haskins y Paul Bergeron (eds.), *The Papers of Andrew Johnson*, 16 vols., Knoxville, The University of Tennessee Press, 1967-2000, vol. 11, 1994, pp. 92-96.

Pero Johnson fue más allá. En una decisión sin precedentes[50], inició una campaña electoral contra el Congreso. Decidido a llevar su mensaje al Pueblo, Johnson se embarcó en un tren de campaña especial para «cerrar el círculo» de los estados críticos del Norte[51]. En respuesta a ello, el Partido Republicano convirtió a la Decimocuarta Enmienda en el eje ideológico de su intento de reivindicarse como el auténtico portavoz de la Unión[52].

La batalla subsiguiente hizo aflorar a la superficie interpretaciones rivales de la identidad estadounidense. Según la concepción de la Unión defendida por Johnson y sus partidarios, Estados Unidos seguía siendo un país de blancos. Cuando los johnsonianos miraban hacia el Sur, veían a unos blancos como ellos reivindicando el lugar que les correspondía en la Unión. Si bien estos blancos se habían apartado del buen camino, ahora se habían unido de nuevo a la nación adoptando la Enmienda de la Emancipación que finalmente había destruido el poder esclavista que había sido la causa principal de la Guerra Civil. Una vez destruida la esclavitud ¿no eran estos sureños blancos indistinguibles del típico norteño blanco que compartía sus inquietudes racistas?

Los Republicanos dividían el mundo de otro modo[53]. Para ellos, la prueba crucial de la identidad estadounidense no era racial, sino política: ¿Eres leal a la Unión o eres un traidor?

Tal como habían claramente establecido los sureños blancos, el color de la piel no era ninguna garantía de lealtad. En contraste, miles de negros habían demostrado su lealtad dando la vida por la Unión. Y cuando los Republicanos miraban al Sur de la posguerra, los negros eran los únicos en los que podían confiar para defender a la Unión. Estos hombres y mujeres eran los *verdaderos* estadounidenses, y no los antiguos confederados que estaban redescubriendo las ventajas de los derechos de los estados. La Nación tenía que ampliar su protección a estos hombres y mujeres negros, garantizando sus derechos como ciudadanos estadounidenses antes de que pudiese permitirse legítimamente a los estados volver al redil.

En el momento álgido de las elecciones de 1866, se pedía a los votantes que abordasen una cuestión verdaderamente constitutiva. Reducida a lo esencial, era simplemente esta: ¿qué era *más* fundamental para la Unión Estadounidense, la identidad racial o la identidad política?[54].

---

[50] Véase E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., p. 429 (la gira personal que hizo Johnson fue «el primer tren de campaña moderno»).

[51] *Ibid*., p. 428.

[52] J. James, *The Ratification of the Fourteenth Amendment*, cit., p. 29.

[53] Para una discusión especialmente perspicaz, véase Kenneth Stampp, *The Era of Reconstruction, 1865-1877*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 1970, pp. 87-108.

[54] *Petroleum v. Nasby*, un popular comentarista de la época, lo expresaba de un modo más cínico: «¡Ritos para los negros! Porque la única diferencia entre un negro y un demócrata reside en

Indudablemente, muchos votantes habrían preferido evitar estas cuestiones problemáticas; muchos habrían sido felices dando por supuesto que la Reconstrucción podía proceder sin que tuviesen que luchar con sus almas. Pero el sistema estadounidense no les ofrecía esta opción. Para bien o para mal, tenían que depositar un voto en una urna en un sentido u otro. Podían votar por el partido de un sureño blanco que no ocultase su racismo, pero que insistiese en su compatibilidad con ser leal a la Unión. O podían votar por el partido de la Decimocuarta Enmienda, afirmando que «todas las personas nacidas o naturalizadas en Estados Unidos [...] son ciudadanos estadounidenses», y que «ningún estado podrá reducir los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos».

Sometidos a esta prueba, los estadounidenses dieron una respuesta realmente contundente. Cuando se contaron los votos se vio que los conservadores habían sufrido una devastadora derrota personal, organizativa y electoral. Personalmente, la gira efectuada entre el 27 de agosto y el 15 de septiembre de 1866 para conseguir apoyos para su modelo de Reconstrucción, denominada «*swing around the circle*» por su itinerario, se convirtió en un desastre para Johnson. En vez de exponer su caso con dignidad, proporcionó a los periódicos una serie interminable de discursos de campaña desmedidos que envilecieron su cargo ante la opinión pública[55]. Organizativamente, los Demócratas manipularon la etiqueta de la Unión Nacional con una finalidad estrechamente partidista, convirtiéndola en un lugar poco atractivo para los Republicanos moderados[56]. Electoralmente, los candidatos de la Unión fueron aplastados en las urnas. En vez de reducir la representación Republicana por debajo de los 122 escaños, el Presidente tendría que vérselas con una Cámara con ciento cuarenta y cuatro Republicanos norteños, que superaban a los cuarenta y nueve Demócratas del Norte por una proporción de tres a uno (por cuanto el Sur seguía estando excluido)[57]. Los Republicanos también se hicieron con

---

esa cuestión de los ritos. Este es el motivo de la discordia. Dad a un negro de Georgia los mismos ritos que a los blancos y soltad entre ellos a los maestros y maestras de escuela y veréis lo inferiores que son a los blancos del estado. Mi sangre está mezclada, sí, y por las venas de nueve de cada diez negros del Sur corre la sangre patricia de un Rhett, un Davis, un Yancey, un Wise o un Quitman, y ¿qué posibilidad tendría yo de no tenerla habiendo nacido en Nueva Jersey, de padres que fuesen pobres pero no honestos, si esos negros con tales padres tuviesen sus ritos y supiesen leer?» Nasby, *Androo Johnson, His Life, includin' his infancy, his boyhood, and his Dimocrisy and Abolitionism, separate and mixed*, 1866, p. 30 (Beinecke Manuscripts Collection, Yale University).

[55] Para ejemplos de estas intervenciones improvisadas y acaloradas, véase J. James, *The Ratification of the Fourteenth Amendment*, cit., pp. 430-437.

[56] Véase E. Gambill, *Conservative Ordeal: Northern Democrats and Reconstruction, 1865-1868*, cit., p. 65.

[57] De los diecisiete escaños elegibles del Senado, los Republicanos obtuvieron quince, perdiendo solamente uno de los doce que controlaban previamente y consiguiendo tres de los cuatro escaños demócratas. De hecho, el Senado se negó a dar el escaño al demócrata que había desbancado

todas las Asambleas legislativas del Norte, así como con todas los cargos de gobernador en disputa[58].

El ingente esfuerzo hecho por el Presidente para caracterizar a la Convención/Congreso de organismo radical partidario de la disolución de la Unión había sido contraproducente, pero ello no lo hacía fútil. De no ser por Andrew Johnson, nunca habríamos sabido que los estadounidenses del siglo XIX estaban dispuestos a dejar lo suficientemente de lado sus prejuicios racistas como para respaldar la visión republicana de una Unión que hacía de la ciudadanía por derecho de nacimiento, y no del color de la piel, el vínculo fundamental que sustenta nuestra identidad como Pueblo[59].

Como veremos, esta gran victoria Republicana apenas sirvió para dotar a la Decimocuarta Enmienda de un estatus de norma superior. Sin embargo, alteró el equilibrio de la legitimidad cuando los Republicanos regresaron a Washington y consideraron qué pasos dar a continuación. Antes de las elecciones, la Presidencia y el Congreso estaban forzosamente en equilibrio en la medida en que proponían diagnósticos contrapuestos a la crisis constitucional. Pero ahora, la Convención/Congreso estaba en fase ascendente. ¿Cómo debían interpretar los Republicanos el mandato del Pueblo? ¿Aceptaría un escarmentado Andrew Johnson esta interpretación? Si no, ¿serían capaces los Republicanos de repetir victoria cuando los conservadores los desafiasen de nuevo en 1868?

Abordo estas cuestiones en el siguiente capítulo. Pero antes de seguir adelante, consideremos algunas de las implicaciones más generales del patrón en desarrollo.

El textualismo reconsiderado

Considérese hasta qué punto nuestra historia está ausente del relato textualista de la génesis de la Decimocuarta Enmienda. El Artículo Cinco no menciona a la Presidencia; a su modo de ver, el único actor nacional importante es una asamblea como el 39º Congreso. En consecuencia, al textualista se le pasa por alto el papel clave desempeñado por Johnson al articular, y al personificar, enérgicamente el lado conservador del debate constitucional. De modo parecido, el Artículo tampoco reconoce el papel nacional que

---

a un republicano. Véase Jean Baker, *The Politics of Continuity: Maryland Political Parties from 1858 to 1870,* Baltimore (MD), The Johns Hopkins University Press, 1973, p. 173. Esto llevó a los Republicanos a controlar el Senado por cuarenta y cuatro contra nueve.

[58] E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., p. 447.

[59] Para una discusión inteligente de los principales temas del constitucionalismo republicano de 1866, véase Robert Kaczorowski, «Revolutionary Constitutionalism in the Era of the Civil War and Reconstruction», *New York University Law Review*, vol. 61, 1986, pp. 863, 871-900.

pueden desempeñar las elecciones para poner a prueba el apoyo popular de una propuesta. Por consiguiente, el textualista no se da cuenta de que los votantes del Sur, no menos que los del Norte, jugaron un papel crucial en 1866 al determinar la suerte de la Decimocuarta Enmienda.

Estas omisiones tienen un impacto acumulativo y distorsionador en la concepción textualista, especialmente unidas al hecho de que previsiblemente iban a suscitar una respetuosa atención. Dado que el Artículo Cinco hace hincapié en el papel del «Congreso», el textualista tiene que hacer una larga pausa para reflexionar sobre la forma ostentosa en que el Sur fue excluido del Congreso que propuso la Enmienda. Sacado de contexto, este simple hecho lleva a un sombrío diagnóstico sobre la autoridad de la misma: dado que la Decimocuarta Enmienda fue propuesta por un Congreso de los estados del Norte, ¿cómo podía representar el juicio ponderado de Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos? ¿No es más honesto tratarla como una imposición del Norte sobre un Sur postrado?

En el marco del Artículo Cinco, la Decimocuarta Enmienda es una enmienda *de la Guerra Civil*[60]. Pero a mi modo de ver, esta caracterización pone de manifiesto la bancarrota del planteamiento subyacente. Como muestra este capítulo, los representantes del Sur blanco eran participantes *muy* poderosos en el sistema de producción normativa de carácter superior; es solo una extraña preferencia por los textos del siglo XVIII sobre las prácticas del siglo XIX lo que nos impide ver este hecho. Una vez que nos tomamos en serio la práctica, podemos ver que las cruciales elecciones de 1866 contaron al Sur, no menos que al Norte, como participante de pleno derecho. Como hemos visto, los Republicanos necesitaban 122 escaños en la Cámara de Representantes en el 40º Congreso; pero este cálculo colocaba a los distritos del Sur en igualdad de condiciones con los distritos del Norte. De hecho, los blancos del Sur estaban en una situación especialmente favorable en esta prueba crítica. Para ver por qué, recuérdese simplemente el famoso Compromiso de los Tres Quintos en la Constitución original. A tenor del mismo, el Sur blanco tenía ventaja en la Cámara de Representantes por los tres quintos de sus esclavos negros. Dado que la Decimotercera Enmienda no hacía nada para reducir la ventaja electoral de los blancos, los sureños retuvieron su ventaja en 1866. ¡Esto significaba que el distrito norteño medio contenía un 160 por 100 de los votantes potenciales incluidos en el distrito sureño medio!

---

[60] En la medida en que aceptemos este marco, no tiene nada de sorprendente que los historiadores prosureños como James Randall puedan desestimar burlonamente la constitucionalidad de la Decimocuarta Enmienda, mientras que los pronorteños se debaten ansiosamente y tratan de cambiar de tema o abrazan teorías sobre el «alcance de la guerra» como las que discutimos en el capítulo 4.

Una vez que tomamos en consideración estos hechos, la elaboración de la Decimocuarta Enmienda ya no parece un caso escandaloso de ruptura textualista y de imposición seccional. Los estadounidenses del siglo XIX, entonces, parecen haber adaptado brillantemente sus tradiciones constitucionales para hacer posible un proceso notablemente abierto e imparcial. En vez de silenciar al Sur blanco, la Constitución posibilitó que un Presidente sureño blanco lanzase una crítica poderosa a la propuesta republicana. En vez de excluir al Sur de las elecciones críticas de 1866, la Constitución requería que los Republicanos tuviesen ciento veintidós escaños en la Cámara de Representantes para mantener su impulso constitucional, *dando de este modo a los votos blancos del Sur un peso desproporcionado en el equilibrio electoral.*

Nuestro intento de entender este proceso se ve enormemente asistido por nuestra discusión previa de la Decimotercera Enmienda, lo que proporciona un precedente para las dos grandes adaptaciones institucionales aisladas en este capítulo. La primera implica el papel de la separación de poderes como un instrumento mediante el cual se debaten y refinan las opciones constitucionales. Al tratar de la emancipación vimos cómo la Decimotercera Enmienda emergía de un diálogo cargado de tensión entre el Presidente y el Congreso. Solo que esta vez los dos poderes desempeñaron papeles opuestos: mientras Lincoln era partidario de la reforma revolucionaria en el caso de la Decimotercera Enmienda, Johnson era el líder de la oposición conservadora en el caso de la Decimocuarta, y viceversa por lo que respecta al Congreso. De modo parecido, fue el presidente Lincoln, no Johnson, el primero que trató de utilizar unas elecciones nacionales como mandato popular en su lucha por conseguir la confirmación del Congreso de la emancipación, con la diferencia de que el Sur estaba ostentosamente ausente durante las elecciones de 1864 y muy presente en 1866.

Es verdad, naturalmente, que los Federalistas de la Fundación nunca habían contemplado esta nueva dinámica basada en la interacción entre la separación de poderes y las elecciones nacionales. Pero una vez más, los Federalistas nunca habían anticipado que su Constitución sobreviviría a una sangrienta guerra civil y que proporcionaría muchos de los materiales institucionales para un renovado intento popular de definir la Unión. En vez de lamentar la ruptura con las formas federalistas, nos resultará más gratificante seguir a los Republicanos en su intento de dar sentido a su decisiva victoria electoral.

VII
INTERPRETAR EL MANDATO

¿Una elección desencadenante?

La aspiración del formalismo es proporcionar una especificación, por adelantado, del significado de cada paso en un proceso legal. Esto tiene muchas ventajas y un gran coste. La vida es sorprendente y elude todos los intentos de encapsularla en una fórmula. Los protagonistas tendrán que hacer frente luego a unos exquisitos momentos de indeterminación reflexiva. Aunque grandes acontecimientos pueden haber perturbado antiguas fórmulas, no tienen un claro significado legal propio. El debate se centra en interpretaciones rivales de los acontecimientos perturbadores y sus protagonistas tratan de calmar la grieta interpretativa con diferentes significados. Pero ¿cómo determinar cuál de los contendientes saldrá victorioso?

El problema, en nuestro caso, lo plantearon las elecciones de 1866. Formalmente hablando, la victoria republicana en las urnas simplemente significaba que el Partido estaría al mando del Congreso durante los dos próximos años; no tenía ninguna implicación para la ratificación de la Decimocuarta Enmienda, cuya estructura estaba predeterminada por el Artículo Cinco. De acuerdo con sus normas, una vez que el Congreso había propuesto la enmienda, quedaba enteramente en manos de las asambleas legislativas estatales, que eran libres de aceptarla o rechazarla si lo consideraban oportuno.

Este punto de vista formalista fue adoptado por el presidente Johnson, que instó a los estados sureños a utilizar su poder de veto a la enmienda del Artículo Cinco. En respuesta, la Convención/Congreso reconsideró las fuentes de su autoridad. ¿Era un organismo legal ordinario basado en principios federalistas? ¿O le proporcionaron las elecciones de 1866 un mandato popular para ir más allá de los modelos federalistas de ratificación?

Los Republicanos reafirmaron su mandato del Pueblo en la Primera y Segunda Ley de la Reconstrucción. Historiadores aparentemente serios han caracterizado estas leyes de formas realmente muy diferentes. Durante la

primera mitad del siglo, eran regularmente denunciadas como revolucionarias; más recientemente, han sido incluso caracterizadas de conservadoras[1]. Ambos bandos tienen razón. Juzgadas desde principios federalistas, las actividades desencadenantes de la Convención/Congreso implicaban una flagrante ruptura con el derecho constitucional preexistente; pero juzgadas según los baremos del siglo XIX –o del XX– representaban una solución moderada e incluso conservadora.

También espero clarificar el papel de las elecciones desencadenantes en el proceso general de adaptación no convencional. Mi tratamiento de este tipo de elecciones ha sido a menudo malinterpretado. Los lectores de obras anteriores parecen imponer una interpretación excesivamente antropomórfica de mis observaciones, como si «el Pueblo» fuese el nombre de un ser sobrehumano capaz de «hablar» en unas elecciones de la misma forma que usted o yo podríamos hablar en un estrado. Desde este punto de vista, las elecciones de 1866 fueron un momento mágico durante el cual el Pueblo habló y ratificó decisivamente una Decimocuarta Enmienda que había sido previamente objeto de un cuestionamiento por parte de la elite en Washington.

Dado que mi afición a las metáforas ha contribuido indudablemente a propagar este malentendido, permítame rechazarlo con la máxima claridad. Para mí, «el Pueblo» no es el nombre de un ser sobrehumano, sino el nombre de un proceso ampliado de interacción entre las elites políticas y los ciudadanos ordinarios. Es un proceso especial porque, en los momentos constitucionales, la mayoría de estadounidenses ordinarios dedican cantidades extraordinarias de tiempo y energía al proyecto de la ciudadanía, prestando atención a lo que pasa en Washington con una inquietud mucho mayor de lo habitual. Si el sistema de producción normativa de carácter superior funciona adecuadamente, canalizará este compromiso activo de la ciudadanía en un diálogo estructurado entre las elites políticas y los ciudadanos estadounidenses corrientes, dando primero a aquellas la posibilidad de elaborar significados constitucionales alternativos e invitando luego a estos a participar en el debate y a depositar sus votos. Estos votos, a su vez, configuran el debate constitucional y las decisiones de las elites políticas durante el período posterior, que son luego sometidas al debate y a la decisión ciudadana en las siguientes elecciones, y así sucesivamente. Si esta dinámica funciona adecuadamente, el resultado será una convergencia cada vez mayor entre el discurso sobre lo que sucede en el país y el discurso que produce el Capitolio. A medida que se consensúa una solución constitucional, las elites dominantes y la mayoría de los ciudadanos comparten

[1] Compárese Howard Beale, *The Critical Year*, Nueva York, Harcourt, Brace and Company, 1930, y Claude Bowers, *The Tragic Era*, Cambridge, Houghton Mifflin Company, 1929, con M. Benedict, *A Compromise of Principle*, cit. y E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit.

preocupaciones y objetivos básicos en un grado mucho mayor de lo habitual. El proceso finaliza cuando la ciudadanía en general se repliega desde estos extraordinarios niveles de compromiso, dejando que las elites políticas se dediquen a la lucha electoral ordinaria de una forma consecuente, en líneas generales, con las condiciones establecidas en diálogo con el Pueblo durante el período precedente[2].

La noción de *elecciones desencadenantes* expresa, así lo espero, el carácter específico de 1866 en este proceso ampliado. Estas elecciones no representaron ni el principio ni el fin de la historia de la Decimocuarta Enmienda. Lo que hicieron fue provocar un cambio radical en el equilibrio de las legitimidades percibidas en Washington. Antes de contar los votos, el presidente Johnson y la Convención/Congreso competían entre sí en unos términos relativamente equiparables, ambos reclamando que el Pueblo respaldase sus puntos de vista constitucionales rivales. Después, la Convención/Congreso pasó a la ofensiva. La cuestión operativa ya no era si la mayoría de estadounidenses apoyaban al Presidente; no lo hacían, y el más tonto lo entendía. La cuestión era qué podían hacer los Republicanos, si es que podían hacer algo, con su mandato popular, y si el Presidente, y otras instancias conservadoras del gobierno, insistirían en convertir las elecciones de 1868 en otro referéndum sobre la Decimocuarta Enmienda.

El formalismo johnsoniano

El primero en moverse fue el Presidente. Podía interpretar los resultados de las elecciones como el que más. Si hubiese respondido abandonando su oposición a la Decimocuarta Enmienda, no habría hecho nada fuera de lo corriente. Los políticos estadounidenses exitosos no se caracterizan por su rigidez ideológica. Como hemos visto, ya habían gestionado un cambio a tiempo en el caso de la Decimotercera Enmienda. Antes de las elecciones de 1864, los Demócratas del Congreso habían derrotado sistemáticamente la Enmienda de la Emancipación de los Republicanos; pero la oposición se derrumbó cuando los conservadores vieron los resultados electorales, y la Enmienda superó el escollo de las dos terceras partes con votos Demócratas.

Además, si Johnson había cambiado de opción, también había promovido una serie de técnicas no convencionales de liderazgo presidencial en su exitosa campaña para la ratificación de la Decimotercera Enmienda. Igual que en 1865, en 1867 el Presidente y su secretario podían haber enviado una serie de telegramas con amenazas y promesas a los gobiernos

---

[2] Véase mi *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit.

blancos del Sur. Igual que en 1865, podrían haber ofrecido un trato a los sureños: ratificad la Decimocuarta Enmienda y el Congreso admitirá a vuestros representantes y pondrá fin de este modo a la reforma revolucionaria. Es cierto que el Presidente había hecho promesas similares antes, solo para ver que los Republicanos del Congreso las rechazaban. Pero esta vez, la Convención/Congreso ya había dado pasos para fortalecer la credibilidad presidencial.

Irónicamente, el fortalecimiento del Congreso se había producido en el caso de Tennessee, el estado natal del Presidente. Johnson había perdido el control político del estado, que había pasado a sus enemigos políticos, que utilizaban la Decimocuarta Enmienda como arma para incomodarle[3]. Cuando Tennessee firmó la ratificación el 19 de julio de 1866, los moderados republicanos respondieron rápidamente admitiendo sin condiciones a la delegación de Tennessee en las dos cámaras del Congreso. Para indignación de los radicales, se había establecido un precedente para otros estados sureños que respaldaban la enmienda.

Pero el Presidente rechazó la tentación de un «cambio a tiempo». En su opinión, el resultado de las elecciones no equivalía a un mandato decisivo del Pueblo. Era mejor entenderlo como una aberración momentánea: el producto de un cínico intento republicano de manipular las emociones provocadas por la guerra con propósitos partidistas[4]. El reto era permanecer firme en la derrota. Si continuaba oponiendo resistencia a las pretensiones de la Convención/Congreso, el Pueblo recapacitaría y apoyaría su valeroso servicio a la Constitución en este momento de crisis. Al fin y al cabo, el tiempo estaba de su lado, o eso podía creer. Según esta interpretación conservadora, los diez estados de la antigua Confederación bastaban para formar un bloque de veto a tenor del Artículo Cinco[5]. Si se mantenían firmes, la enmienda republicana permanecería en el limbo constitucional. El *rechacismo*, para decirlo en el lenguaje de la época, llevaría a una política de «inactividad magistral»[6]. Nada estaría firmemente decidido antes de la siguiente ronda de elecciones en 1868, momento en

---

[3] Como dijo, haciendo gala de tacto, el gobernador William Brownlow en un famoso telegrama dirigido al secretario del Senado: «Hemos ratificado la Enmienda Constitucional […]. Presente mis respetos al perro muerto de la Casa Blanca», citado por H. Trefousse, *Andrew Johnson*, cit., p. 253.

[4] Como explicó Johnson en una entrevista concedida a *The London Times* (10 de enero de 1867): «El Presidente ha dicho que la luz con la que contempla los asuntos públicos en este momento era que una minoría del país estaba tratando de imponer sus puntos de vista a la mayoría […]. En las elecciones del pasado otoño se introdujeron hábilmente temas falsos, y sobre ellos el pueblo emitió su juicio […]. Pero, siguió el Presidente, es imposible que la cosa se quede aquí», Paul Bergeron (ed.), *The Papers of Andrew Johnson*, cit., vol. 11 (1994), p. 596.

[5] Véase E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., pp. 454-455; M. Benedict, *The Impeachment and Trial of Andrew Johnson*, Nueva York, W.W. Norton & Co., 1973, p. 16.

[6] E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., pp. 467-473.

que la Presidencia, así como el Congreso, estarían en juego. Efectivamente, ¿quién estaba mejor situado que el propio Johnson para liderar este gran combate conservador?[7].

La Convención/Congreso defiende su mandato

En enero de 1867, la Convención/Congreso comprendió que estaba haciendo frente a una crisis constitucional que sacudía los fundamentos mismos del Artículo Cinco. En ese momento, el Presidente había organizado un bloque de estados sureños decididos a mantenerse firmes tras su veto a la Decimocuarta Enmienda[8]. Una vez más, la separación de poderes estaba llevando cuestiones fundamentales relativas a la producción normativa de carácter superior al centro de la vida política. Si la Convención/Congreso no daba pasos para desencadenar la ratificación, la política presidencial de magistral inactividad prevalecería, y los Republicanos se verían obligados a apelar de nuevo a los votantes de 1868, ya desorganizados. Ante esta perspectiva, los Republicanos se plantearon unas cuantas cuestiones básicas. ¿Proporcionaban las recientes elecciones un mandato extraordinario del Pueblo a la Convención/Congreso? Y en caso afirmativo, ¿cómo traducir la estimulante retórica de la política constitucional a los criterios nítidos del derecho constitucional?

Estas cuestiones estuvieron en el centro de un gran debate del Congreso que empezó a comienzos de enero y terminó con la promulgación de la *First Reconstruction Act* [Primera Ley de la Reconstrucción] el 2 de marzo de 1867. La importancia de este debate ha sido hace tiempo reconocida por los historiadores estadounidenses[9], pero los estudiosos del derecho no han seguido su ejemplo[10]. Si bien han examinado hasta la saciedad los

---

[7] Véase H. Trefousse, *Andrew Johnson*, cit., pp. 336-339.

[8] A finales de enero, nueve de los antiguos estados confederados, junto con Kentucky, habían rechazado la Enmienda. Nominalmente, ello la privaba de la necesaria aprobación por tres cuartos de los estados. A finales de marzo, estos diez rechazos pasaron a ser trece cuando los estados de Luisiana, Delaware y Maryland se unieron al no, Charles Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, vols. 6 y 7, Nueva York, MacMillan, vol. 6 (1971), p. 255. Es engañoso centrar demasiado la atención en datos precisos. En cuanto los observadores tuvieron conocimiento del resultado de las elecciones de noviembre en dichos estados, las perspectivas sombrías se hicieron evidentes, J. James, *The Ratification of the Fourteenth Amendment*, cit., p. 128.

[9] M. Benedict, *A Compromise of Principle*, cit. caps. 10-11.

[10] La excepción es Charles Fairman, que admite que el debate sobre la *Reconstruction Act* «puede contemplarse conjuntamente» con los debates sobre la Decimocuarta Enmienda como «la continuación de un problema persistente: ¿sobre qué base debía restablecerse la Unión, y qué habría que hacer cuando el Sur rechazase lo que se le ofrecía?», Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., p. 332. Estoy en deuda con Fairman por esta perspicaz formulación.

primeros debates en torno a la propuesta de la Decimocuarta Enmienda, han supuesto que al Congreso no le quedaba nada por decidir una vez que se hubo enviado la enmienda a los estados en junio de 1866. Según este punto de vista hipertextualista, el *Congressional Globe* de comienzos de 1867 contiene un informe sobre un tema no relacionado con este, la «*Reconstruction Act* de 1867». El debate relativo a esta ley puede tener un interés histórico, pero no forma parte del canon que enmarca la historia legislativa de la Decimocuarta Enmienda.

Yo rechazo este punto de vista hipertextualista, pero lo importante es que lo mismo hizo la Convención/Congreso. Los miembros de esta eran perfectamente conscientes de que la Decimocuarta Enmienda sería derrotada a menos que adoptasen nuevas acciones decisivas. Efectivamente, su objetivo central al aprobar la Ley de la Reconstrucción era anular el veto de la Decimocuarta Enmienda. Esta afirmación puede sorprender a los lectores modernos, que han aprendido a considerar la Reconstrucción del Congreso básicamente en términos económicos y sociales, pero no fueron estos los términos del debate. Para bien o para mal, el lenguaje del derecho constitucional proporciona el contexto organizador, con muchos oradores presentando argumentos de una extraordinaria calidad. Es posible pasar por alto toda esta retórica legalista como una mera mistificación de los intereses «reales» en juego. Pero, como espero dejar claro, la Convención/Congreso estaba haciendo frente a un problema de legitimidad muy real; y se requeriría un montón de argumentos, a favor y en contra, antes de que los Republicanos pudiesen converger en la solución no convencional que prometía invalidar el veto del Sur a la Decimocuarta Enmienda de una forma que resultase creíble a la mayoría de estadounidenses.

¿Había un mandato?

Según el calendario constitucional del siglo XIX, el recién elegido Congreso no tenía que reunirse hasta el 4 de marzo de 1867. Hasta entonces, el Congreso saliente celebró su última sesión. Sin embargo, los Republicanos pensaron que la autoridad democrática de aquella sesión se había visto masivamente reforzada por los resultados electorales. Enfrentándose a las declaraciones contra la acción «revolucionaria»[11], varios oradores fueron subiendo al estrado para decir que el Pueblo había dado a la Convención/Congreso un mandato para que tomase decisiones inmediatas[12].

---

[11] Véanse, por ejemplo, las intervenciones de Eldridge, *Congressional Globe*, 39º Congress, 2nd Sess., 1867, pp. 561-564; Kerr, *ibid.*, pp. 622-625; Ross, *ibid.*, pp. 778-781; LeBlond, *ibid.*, pp. 1077-1079; LeBlond, *ibid.*, pp. 1323-1324; Eldridge, *ibid.*, pp. 1324-1325.

[12] Véanse, por ejemplo, las intervenciones de Pike, *Congressional Globe*, 39º Congress, 2nd Sess., 1867, p. 254; Holmes, *ibid.*, p. 265; Spalding, *ibid.*, pp. 288-290; Bingham, *ibid.*, p. 502; Warner *ibid.*, p. 566; Plants, *ibid.*, p. 598; Koontz, *ibid.*, p. 595; Miller *ibid.*, p. 600; Higby,

Los discursos de los Republicanos conservadores como Henry Raymond fueron particularmente reveladores[13]. Vimos por última vez a Raymond desempeñando un papel destacado en la Convención Unitaria Nacional de los partidarios de Andrew Johnson. Pero cuando volvió al escenario público como congresista por Nueva York, su discurso había cambiado mucho:

> Como no deseo seguir el ejemplo del abogado que insistía en exponer sus razones cuando el jurado había pronunciado ya un veredicto, aprovecharé la ocasión para decir que a mi modo de ver algunos aspectos de esta gran cuestión de la reconstrucción han sido prácticamente resueltos, hasta el punto al menos de apartarlos de la arena de la discusión provechosa en estos momentos. Basándome en diversas expresiones de sentimiento público, en la prensa, en este mismo organismo, en las asambleas legislativas de todo el país, y especialmente por medio del veredicto pronunciado este otoño en las urnas, creo que estoy justificado en afirmar que el pueblo ya ha decidido diversos aspectos de esta gran controversia. Uno de los puntos incluidos en esta decisión, creo yo, es este: que ya no están dispuestos a aceptar como base de ajuste y restauración lo que ha sido presentado como la política del Presidente de Estados Unidos. Dicho de otro modo, no están dispuestos a que los estados que recientemente estaban en insurrección reasuman su antigua porción de poder político como miembros de esta Unión, y admitir a sus representantes en las dos Cámaras del Congreso sin disposición alguna para el futuro o sin autoridad legal específica. El Presidente había indicado que en su opinión era justa y precisamente esto lo que se debía hacer en este caso, disponiendo solamente que los representantes que se enviasen fueran hombres leales. Estoy de acuerdo con esta opinión y debo decir francamente que también creo que si esto se hubiese hecho en una fase temprana de la controversia, con prontitud, alegre y generosamente por parte del Partido que entonces regía los destinos de este país, ello habría restablecido la paz y habría resuelto en gran medida muchos de los problemas del cuerpo político. Pero debido a que creía y aún creo que esta era la mejor política entonces, no me siento obligado a sostener que sea también la mejor política ahora. Un médico puede prescribir hacer gargarismos para aliviar un dolor de garganta, y si no se hace caso de esta prescripción, el dolor de garganta puede desarrollarse hasta convertirse en una inflamación o en un ataque de fiebre; y el médico sería considerado como un mal médico y como carente de sentido común si, por mor de la coherencia, se sintiese obligado a prescribir nada más que gargarismos durante todo el progreso de la enfermedad. Descartaré, por tanto, como impracticable y

ibid., p. 625; Cullom, *ibid.*, p. 815; Thayer, *ibid.*, p. 1098; Garfield, *ibid.*, p. 1104; Kelley, *ibid.*, p. 1177; Allison, *ibid.*, p. 1180; Garfield, *ibid.*, p. 1183; Raymond, *ibid.*, pp. 1182-1183; Van Horn, *ibid.*, pp. 1201-02; Garfield, *ibid.*, p. 1320; Thayer, *ibid.*, p. 1321; Delano, *ibid.*, p. 1325; Woodbridge, *ibid.*, p. 1323; Banks, *ibid.*, 1328; Miller, *ibid.*, 1332; Darling, *ibid.*, p. 1337; Stewart, *ibid.*, p. 1361; Fessenden, *ibid.*, p. 1556.

[13] Vése también la intervención de Spalding, *ibid.*, 1867, pp. 289-290.

> totalmente imposible este modo de resolver la controversia que divide y perturba a la nación. Y en siguiente lugar, aunque no se ha pronunciado decisivamente respecto a ningún plan concreto de ajuste, creo que el pueblo ha decidido con mayor perspicacia que ningún otro asunto que la enmienda constitucional adoptada por el Congreso en su última sesión, y que ha sometido a los diversos estados para su ratificación, constituye, en general, la base más sensata y satisfactoria de ajuste de que es susceptible esta cuestión en este momento. Y finalmente, creo que el pueblo ha decidido que prefiere confiar en el Congreso para que conciba alguna forma de resolver esta cuestión, alguna forma de restablecer a aquellos estados que recientemente se habían rebelado contra la Unión, más que confiar en el departamento ejecutivo del gobierno. Lo consideran una materia propia del poder legislativo más que de la Presidencia[14].

Aunque Raymond había luchado lealmente por su Presidente, ahora tenía claro que la Convención/Congreso se había *ganado* el derecho a reivindicar el liderazgo constitucional. La derrota del Presidente dejaba a Johnson en la situación «del abogado que insiste en exponer sus razones cuando el jurado ha pronunciado ya su veredicto».

Pero una cosa era que los Republicanos conservadores como Raymond estuviesen de acuerdo en que el Pueblo apoyaba ahora la adopción de medidas fuertes, y otra muy distinta traducir la exaltada retórica de la política constitucional a una solución legalmente operativa. ¿Cómo tenía que responder *precisamente* la Convención/Congreso al problema planteado por el veto del Sur a la Decimocuarta Enmienda?

Definir el Mandato

Los Republicanos estaban, como siempre, divididos. Los radicales, dirigidos por Thaddeus Stevens, nunca habían considerado la Decimocuarta Enmienda como algo más que un compromiso oportuno que podía hacer que el partido sobreviviese en su batalla con Andrew Johnson. Ahora proponían una transformación social y política más radical para el Sur.

Un grupo más numeroso de centristas consideraban la enmienda como la solución final de la crisis constitucional. Líderes como John Bingham consideraban la victoria electoral como un masivo respaldo popular a sus puntos de vista:

[14] *Ibid*., p. 715. Raymond difería de la mayoría de Republicanos al expresar su voluntad de atenuar la Sección 3 de la Enmienda, que descalificaba a los confederados más destacados para ejercer cargos políticos de responsabilidad. Esta petición cayó en oídos sordos.

> Sostengo la proposición de que el Congreso […] dio a conocer esta enmienda al pueblo de Estados Unidos como base de la futura reconstrucción […] Señor Presidente de la Cámara, el pueblo de Estados Unidos así lo entendió y lo aceptó. Hay unos cuantos caballeros aquí, no pocos diría yo, que deben su reelección para el 40º Congreso al hecho de que las convenciones [republicanas] en los estados que ellos representan en este hemiciclo declararon su aceptación de esta enmienda constitucional, de la forma y manera en que ahora está, como condición de la futura restauración[15].

Hablando en nombre de los Republicanos moderados, Bingham se proponía diseñar un procedimiento que superase de un modo creíble el veto del Sur a la Decimocuarta Enmienda. Si esto podía llevarse a cabo, su interés en excluir al Sur llegaría a su fin. Una vez que la Enmienda hubiese sido cimentada en los fundamentos de la norma superior, estaría preparado para dejar que la Convención/Congreso se convirtiese en un Congreso normal para admitir a los sureños.

Los radicales querían diferir el retorno de la política ordinaria. En consecuencia, era crucialmente importante para ellos rechazar el punto de vista desencadenante que tenían los centristas de las recientes elecciones. Esto es lo que dijo Thaddeus Stevens al inaugurar el gran debate:

> Niego que exista ninguna interpretación, explícita o implícita, de que con la adopción de la [Decimocuarta] Enmienda por parte de un estado, dicho estado pueda ser admitido […]. Este camino pronto dejaría el gobierno en manos de los rebeldes. Este camino sería absurdo, inconsistente e ilógico. El Congreso niega que ningún estado de los que últimamente se han encontrado en rebelión tenga ningún gobierno o constitución conocidos por la Constitución de Estados Unidos, o que puedan ser reconocidos como parte de la Unión. ¿Cómo puede, pues, dicho estado adoptar la Enmienda? Permitirlo equivaldría a ceder y admitir los derechos intactos de los estados escindidos. No conozco a ningún Republicano que no ridiculice lo que Mr. Seward considera un movimiento astuto cuando cuenta a Virginia y a otros Estados declarados fuera de la ley entre los que han adoptado la Enmienda constitucional aboliendo la esclavitud[16].

Stevens olvidaba convenientemente la historia de la Decimotercera Enmienda; cómo unos Republicanos destacados esperaban que el secretario de Estado proclamase la validez de la Enmienda; cómo la mayoría de Republicanos se negaba a respaldar las afirmaciones radicales de que tres cuartas partes del Norte bastasen para la ratificación a tenor del Artículo

[15] *Ibid.*, p. 500.
[16] *Ibid.*, p. 252.

Cinco[17]. En efecto, su intento de negar de raíz la interpretación desencadenante de las últimas elecciones era polémica entre sus colegas radicales. Incluso James Ashley –cuyo plan para la Reconstrucción era más draconiano que el de Stevens– admitía que él hubiese votado a favor de admitir a un gobierno johnsoniano que hubiese ratificado la Decimocuarta Enmienda. Ashley se creía en libertad para unirse a Stevens a la hora de exigirle más al Sur tan solo porque «el gran cuerpo de hombres que recientemente habían estado en rebelión, encabezados por el ejecutivo, habían rechazado estas maneras suaves»[18]. Pese a estas variantes en el tema radical, la cuestión crítica era suficientemente clara: ¿debía la Convención/Congreso reclamar un mandato para una transformación más profunda del Sur o debía buscar solo desencadenar la ratificación no convencional de la Enmienda?

Stevens y Ashley establecieron los términos iniciales del debate de enero presentando sendos proyectos de ley (rivales), que tenían como objetivo la aplicación de una revolución política radical en el Sur, concediendo el derecho al voto a todos los negros y descalificando a los blancos que no pudiesen jurar haberse opuesto a la rebelión después del 4 de marzo de 1864[19]. Y lo que es más importante para nuestro propósito, ambos proyectos de ley rompían el vínculo entre la intervención del Congreso y la ratificación de la Decimocuarta Enmienda. Ambos se oponían a garantizar la readmisión del Congreso si el nuevo gobierno ratificaba la Enmienda; de hecho no invitaban explícitamente al Sur a participar en el proceso de ratificación[20].

Previsiblemente, Bingham consideraba estas propuestas como «una usurpación de poderes que no pertenecen al Congreso de Estados Unidos, [para] inducir al pueblo a dejar de lado la enmienda constitucional, sometiendo de este modo el futuro de esta República a todas las terribles calamidades que han ensombrecido su pasado reciente»[21]. Tras un debate intenso y prolongado, emergió victorioso. El 8 de enero, una mayoría de la Cámara respaldó la moción de Bingham de devolver los proyectos de ley radicales al Comité Conjunto para la Reconstrucción[22].

---

[17] Véase el capítulo 5.
[18] *Congressional Globe*, 39º Congress, 2nd Sess.,1867, pp. 783-784.
[19] *Ibid*., pp. 250 y 253.
[20] La propuesta de enero de Stevens dejaba a futuros Congresos determinar la posibilidad de readmitir a los representantes y senadores de los nuevos gobiernos, *ibid*., p. 250. Argumentando en contra de las enmiendas moderadas a esta nueva iniciativa legal en febrero, Stevens exclamó: «¿Por qué habríamos de atarnos de manos con esta promesa con antelación a la enmienda constitucional?», *ibid*., p. 1214.
[21] *Ibid*., p. 501.
[22] El voto fue de ochenta y ocho contra sesenta y cinco. Justo antes, Stevens había denunciado a Bingham en el hemiciclo de la Cámara: «En toda esta contienda sobre la reconstrucción, yo no propongo ni seguir su consejo [el de Bingham], ni reconozco su autoridad, ni creo una sola palabra de lo que dice», *ibid*., p. 816.

Esto colocaba a todos los Republicanos a merced del calendario constitucional. El 4 de marzo, la última sesión del Congreso llegaría a su fin y los Republicanos tendrían que empezar de nuevo en el siguiente Congreso, perdiendo un tiempo y un ímpetu muy valiosos. Teniendo en cuenta la necesidad de una acción rápida, el Comité Conjunto para la Reconstrucción trató de evitar otra batalla intestina. Su nueva propuesta se centró en un tema más limitado, pero crucial, que podía ganar el apoyo de todas las facciones republicanas. La Convención/Congreso había sido bombardeada con informes que detallaban caso por caso cómo unionistas leales (tanto blancos como negros) habían sido asesinados u oprimidos por sureños intransigentes. Aunque el Partido no estaba unido en otras cuestiones, ¿acaso no se decidiría a actuar enérgicamente para poner fin a los intolerables malos tratos a que eran sometidos sus compañeros unionistas?

Este era el objetivo del «proyecto de ley militar» introducido por Stevens en nombre del Comité Conjunto a comienzos de febrero. El proyecto contenía cinco cortos párrafos, dividía al Sur en cinco distritos militares, y autorizaba a los comandantes de distrito a «castigar a quienes perturbasen la paz» en tribunales militares[23]. Para proteger a la ley marcial de la obstrucción de los tribunales federales, el proyecto suspendía el *habeas corpus*. No decía nada, sin embargo, acerca de la cuestión desencadenante que había dividido a Stevens de Bingham. En un duro discurso, Stevens conminó a sus oponentes republicanos a diferir su combate sobre esta cuestión y a actuar rápidamente si no querían que el 39º Congreso «se fuese a casa dejando que triunfase el Presidente»[24].

Bingham no se dejó impresionar. El 13 de febrero se opuso a la moción de Stevens de votar únicamente el «proyecto de ley militar» y una vez más se salió con la suya[25]. Luego propuso una enmienda[26] para conseguir su

---

[23] Aunque George Williams, el autor del proyecto de ley militar, no había pretendido que fuese una medida radical, fue Stevens quien lo presentó a la Cámara y le dio un cariz radical. El preámbulo y la primera sección se referían a los «llamados estados» del Sur, y Stevens hacía repetidamente hincapié en el hecho de que habían sido «conquistados» y en que tenían que ser tratados como cualquier otro «gobierno extranjero conquistado [de acuerdo con] con el derecho de gentes», *ibid*., p. 1076. Esta interpretación hacía que el lenguaje legal empleado fuese inaceptable para moderados y conservadores, y Bingham trató de corregirlo, *ibid*., p. 1081. Como lda moción de Bingham no prosperó, Stevens aceptó cambiar la referencia a los estados del Sur en la Primera Sección, de «los llamados estados» a «los llamados estados confederados», lo que contribuyó a apaciguar a los moderados, *ibid*., p. 1206. Los subsiguientes intentos en la Cámara de cambiar el proyecto de ley no prosperaron, pero en el Senado la referencia al estatus de los estados sureños fue eliminada y el preámbulo se cambió para declarar solamente que el Sur «no tenía gobiernos legales», evitándose de modo deliberado respaldar la teoría del «estado suicida», *ibid*., p. 1459.

[24] *Ibid*., p. 1104.

[25] El resultado fue de setenta y nueve contra cincuenta y cuatro, *ibid*., p. 1210.

[26] En ningún momento negó Bingham la necesidad de la ley marcial en el Sur. Véase *ibid*., p. 1081. Simplemente bloqueó la promulgación de cualquier legislación que no explicase al Sur que podía ser de nuevo admitido al Congreso si ratificaba la Decimocuarta Enmienda.

objetivo fundamental: diseñar un mecanismo desencadenante que superase el veto del Sur a la Decimocuarta Enmienda. La propuesta de Bingham representaba un gran cambio en su forma de pensar. Cuando finalmente abordó el tema en enero, había coqueteado con la vieja idea radical según la cual la enmienda podía ser adoptada sobre la base de las tres cuartas partes de estados del Norte. Si bien esta noción era una píldora amarga, evitaba el tipo de intervención militar contundente por el que abogaban Stevens y Ashley. Tal como veía Bingham la cuestión entonces, el Congreso podía declarar válida la Decimocuarta Enmienda sobre la base de los votos del Norte, y luego decirle al Sur blanco que tenía la clave de la readmisión en el Congreso en su bolsillo: se prometería a cada estado del Sur la recuperación de sus escaños en cuanto ratificase la enmienda. Bingham pensaba que esta era una oferta irresistible: dado que la Decimocuarta Enmienda estaría ya asentada, ¿por qué iban a negarse los sureños a pasar por el ritual de la ratificación a cambio de recuperar influencia política real en el Capitolio?

Pero incluso en enero, Bingham era perfectamente consciente de la debilidad constitucional de este plan:

> En opinión de algunos, hay dos departamentos del gobierno en contra de este afirmado poder del pueblo de los estados organizados, el ejecutivo y el judicial. Mi respuesta es que ninguno de estos departamentos tiene voz en el asunto, ni derecho a desafiar la autoridad del pueblo. No me preocupa lo más mínimo la influencia que puede tratar de ejercer el Presidente. Es impotente ante el Pueblo. No puede revertir de ningún modo su juicio final. Pero nos dicen que el Tribunal Supremo de Estados Unidos revocará esta enmienda, si es ratificada por las tres cuartas partes de los Estados organizados y representados, y declarada debidamente ratificada por la autoridad de una ley de este Congreso.
>
> No comparto los temores así expresados. Este tribunal supremo de justicia no tiene poder en este ámbito. No es una cuestión judicial, es una decisión política en la que el Tribunal Supremo no puede interferir de ningún modo [...].

Una vez descartados los temores de una posible intervención judicial, Bingham procede a considerarlos:

> Si [sus] señorías están de algún modo inquietas por una posible intervención improcedente del Tribunal Supremo en este asunto, prescindan inmediatamente de su jurisdicción de apelación en todos los casos, y dejen al tribunal sin la menor apariencia de autoridad por su intervención improcedente [...]. Si, de todos modos, el Tribunal usurpa el poder de decidir en cuestiones políticas y desafía la libre voluntad del pueblo, no le quedará al pueblo así insultado y desafiado

> otra posibilidad que la de demostrar que el sirviente no está por encima de su señor procurando una posterior enmienda constitucional y ratificándola, con lo que desafiará la usurpación judicial aniquilando a los usurpadores con la abolición del propio tribunal[27].

Estas visiones apocalípticas llevaron a Bingham a repensar su estrategia desencadenante. En febrero abandonó las matemáticas radicales y adoptó un plan alternativo que preveía la ratificación por una supermayoría de todos los estados. Para ello, Bingham estaba ahora dispuesto a aceptar la insistencia radical de que se permitiera votar a los negros, dado que solo de este modo podían los Republicanos del Sur esperar razonablemente crear mayorías que invirtiesen el rechazo inicial a la Decimocuarta Enmienda[28]. Para mejorar las perspectivas de la ratificación, la propuesta de Bingham vinculaba explícitamente la readmisión del Sur en el Congreso con la ratificación de la Enmienda[29].

La iniciativa de Bingham fue sustituida por otras presentadas por el congresista James G. Blaine y, más tarde, por el senador John Sherman. Pero eran variantes sobre un mismo tema. Cada propuesta hacía una concesión importante a la opinión radical aceptando la necesidad del sufragio negro, pero todas ellas rechazaban las esperanzas radicales de una transformación incondicional. El sufragio negro era visto como un medio para un fin muy definido: la ratificación de la Decimocuarta Enmienda. Los centristas prometían explícitamente que en cuanto los nuevos gobiernos mixtos de blancos y negros se uniesen para ratificar la enmienda, se reanudaría la política ordinaria del Congreso con la plena representación del Sur.

Stevens reaccionó a todas estas propuestas con una hostilidad total. Organizó diversas coaliciones extrañas de Republicanos radicales y Demócratas conservadores para derrotar a la iniciativa centrista[30], pero estas brillantes maniobras parlamentarias no pudieron repetirse en el

---

[27] *Ibid*., pp. 501-502. El discurso entero se encuentra en pp. 500-505.

[28] Antes de la propuesta del proyecto de ley militar y de sus enmiendas, Bingham había apoyado un sufragio imparcial, más que universal, permitiendo que el hecho de saber leer y escribir y los requisitos de propiedad negasen el voto a la mayoría de negros, si no a todos ellos, especialmente en el Sur, véase M. Benedict, *A Compromise of Principle*, cit. Pero el 13 de febrero pidió que todos los varones pudiesen votar, ya que esto pondría a «todos los hombres leales […] en la mayoría» y prepararía el terreno a la ratificación, *Congressional Globe*, 39º Congress, 2nd Sess., 1867, p. 1211.

[29] Aunque algunos sugerían que la ratificación era una forma conveniente de marcar el fin del dominio militar (véanse, por ejemplo, los comentarios de Stewart, *ibid*., p. 1366), el objetivo de Bingham era provocar la ratificación. No solo exigía que cada antiguo estado confederado ratificase la Decimocuarta Enmienda, sino que antes de que cualquiera de ellos pudiese tener de nuevo representación en el Congreso, «la Enmienda tenía que haberse convertido en una parte de la Constitución de Estados Unidos», *ibid*., p. 1211. Este tema fue recogido por el senador John Sherman, que redactó la disposición que fue finalmente promulgada.

[30] El análisis más claro de estas maniobras parlamentarias es el que hace David Donald en *The Politics of Reconstruction, 1863-1867*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1965, cap. 3.

Senado, que era más conservador[31]. Tras mucho tira y afloja, la Cámara de Representantes cedió y aceptó la enmienda centrista. El 2 de marzo de 1867, la *Reconstruction Act* entró en vigor por encima del veto presidencial.

El resultado fue una contundente victoria de la interpretación desencadenante que hizo Bingham de las elecciones de 1866. Esto se pasa fácilmente por alto porque la ley llevó a cabo una decisión aún más dramática. Redefinió la esencia misma del sistema de gobierno del Sur insistiendo en la participación igual de los negros en el proceso de reconstrucción. Si el Sur confiaba en obtener la readmisión en el Congreso, los electorados blancos y negros habrían tenido que empezar el proceso de reconstrucción de nuevo eligiendo delegados para una convención constitucional. Estas convenciones, a su vez, someterían las nuevas constituciones a un electorado redefinido para que las aprobase explícitamente. Si el borrador obtenía un respaldo mayoritario, sería sometido al Congreso, que aprobaría su forma republicana.

Fue en este punto cuando la adecuación de la ley a la Decimocuarta Enmienda se hizo evidente. Aunque los sureños blancos y negros estaban ahora en plena posesión de una constitución republicana, no podían esperar que sus representantes ocupasen sus escaños en el Congreso hasta que sus asambleas legislativas ratificasen la Decimocuarta Enmienda. Incluso

---

[31] Cuando el proyecto de ley militar llegó al Senado, su suerte quedó pronto ligada al proyecto de ley de Luisiana, aprobado poco antes por la Cámara. Este proyecto de ley dejaba sin resolver la reanudación de la representación en el Congreso y no trataba de desencadenar la ratificación de la Decimocuarta Enmienda, *Congressional Globe*, 39º Congress, 2nd Sess., 1867, p. 1397. Radicales como Sumner apoyaban la aprobación de ambos proyectos: el Proyecto de Ley Militar para la protección de los unionistas leales del Sur y el Proyecto de Ley de Luisiana, que ellos querían ampliar a todos los estados sureños, para iniciar la Reconstrucción real, *ibid.*, p. 1303. Tanto moderados como conservadores se opusieron con éxito a estas propuestas. Temiendo un veto indirecto del Presidente, los Republicanos crearon rápidamente un comité especial encabezado por el senador Sherman para negociar un compromiso. Tras una breve discusión de menos de un día, Sherman apareció con una nueva versión del proyecto de ley militar que adoptaba una disposición desencadenante muy parecida a la que Stevens había derrotado en la Cámara de Representantes. La propuesta de Sherman garantizaba la readmisión a los estados del Sur si se cumplían tres condiciones: primera, que las nuevas constituciones estatales garantizasen el sufragio universal; segunda, que las nuevas asambleas legislativas ratificasen la Decimocuarta Enmienda; y tercera, que «dicho artículo se convierta en parte de la Constitución de Estados Unidos», *ibid.*, p. 1459. Sherman consideraba este requisito desencadenante como el aspecto más importante de la medida, *ibid.*, p. 1462. El proyecto fue fácilmente aprobado por el Senado aquella misma tarde, por veintinueve votos contra diez, *ibid.*, p. 1469.

Pero en la Cámara, Stevens organizó una extraña coalición de Demócratas conservadores y Republicanos radicales que se negó a secundar las enmiendas del Senado. La Cámara de Representantes solicitó la formación de un comité de consulta para resolver las diferencias. Consciente de la fragilidad de la coalición de Stevens, Sherman instó al Senado a rechazar el comité y a insistir en que la Cámara aprobase las enmiendas de este o bien que las modificase en un sentido aceptable para ambas cámaras. La táctica funcionó. La Cámara de Representantes estuvo de acuerdo y solo introdujo dos pequeños cambios, ninguno de ellos relacionado con el requisito desencadenante. El Senado también se puso rápidamente de acuerdo y el proyecto de ley militar así enmendado fue enviado al Presidente.

entonces, tendrían que esperar hasta que la Enmienda recibiese la aprobación de las tres cuartas partes de los estados y superase de este modo el umbral numérico establecido por el Artículo Cinco. Solo en *este* momento prometía la ley la readmisión y lo hacía en unos términos sumamente explícitos: el nuevo gobierno «*será* declarado con derecho a ser representado en el Congreso, y sus senadores y representantes *serán* admitidos allí»[32]. Para indignación de los radicales, las disposiciones extraordinarias del proyecto de ley militar de Stevens dejarían de aplicarse tan pronto como la Decimocuarta Enmienda estuviese promulgada.

La Reconstrucción como nueva Fundación

Para cualquiera menos radical que Stevens, la norma resultante era una ley revolucionaria de autoridad constituyente. Si algo estaba claro en la estructura del Artículo Cinco era que el «Congreso» solo podía proponer una enmienda, y no castigar a los estados que se negasen a aceptarla. ¡Y sin embargo, allí estaba la Convención/Congreso amenazando a los estados del Sur con una ocupación militar indefinida a menos de que reatificasen su iniciativa constitucional! Téngase en cuenta que «el Sur» colocado bajo esa amenaza no convencional no era el Sur blanco como la nieve, sino el de los nuevos gobiernos de votantes blancos y negros *una vez qu*e se había certificado que sus constituciones cumplían plenamente los requerimientos del gobierno republicano. ¿Qué daba a la Convención/Congreso la autoridad para hacer una demanda tan extraordinaria?

La misma mezcla de ideales nacionalistas y de práctica no convencional que había utilizado la Convención de Filadelfia dos generaciones antes. Por supuesto, el nacionalismo republicano surgido del crisol de la Guerra Civil era mucho más intenso que el de la era revolucionaria. Esta diferencia la simbolizaban las palabras iniciales de la Decimocuarta Enmienda que declaraban la primacía de la ciudadanía nacional y trataban a la ciudadanía estatal de secundaria. Los Federalistas, en cambio, evitaban todo intento de definir la ciudadanía nacional, y mucho menos de darle prioridad. Los estadounidenses de su generación estaban profundamente inseguros respecto a si la reivindicación de la identidad nacional tenía que imponerse a unos compromisos más locales.

Ahora que los Republicanos trataban de resolver estas incertidumbres, se las encontraron de nuevo en forma de Artículo Cinco. Este artículo expresaba una similar falta de disposición a reconocer la prioridad de la ciudadanía nacional sobre la de los estados. En vez de permitir a los órganos nacionales promulgar enmiendas constitucionales, estructuraba el

---

[32] 14 *Stat.*, pp. 428, 429 (2 de marzo de 1867). El subrayado es mío.

proceso de producción normativa de carácter superior como una empresa de colaboración entre la nación y los estados. Independientemente de lo categóricamente que los ciudadanos de la nación respaldasen una iniciativa, esta no podía ser promulgada a menos que los ciudadanos de los estados expresasen su conformidad con la misma contundencia.

Una vez que Andrew Johnson trató de explotar este punto en nombre de la «magistral inactividad», los Republicanos se enfrentaron al momento de la verdad. O bien su Convención/Congreso se batía en retirada ante el intento de los estados de rechazar la prioridad de la ciudadanía nacional, o bien rompía con los principios del Artículo Cinco. Lo sorprendente no era que los Republicanos llevasen a cabo su ruptura revolucionaria, sino que tratasen de salvar tantas cosas de la vieja tradición. La clave fueron las elecciones de 1866. Si no hubiesen estado programadas, los Republicanos tendrían que haber inventado alguna forma totalmente nueva de establecer que tenían el apoyo de una mayoría *nacional* en su lucha por la ciudadanía nacional. Dado el calendario constitucional, esa ruptura radical no era necesaria. Las elecciones regularmente programadas proporcionaban una forma de poner a prueba el mandato republicano de la ciudadanía nacional, al tiempo que daban a los conservadores la posibilidad de defender su punto de vista. Cuando los Republicanos ganasen las elecciones *nacionales*, podrían utilizar este hecho para legitimar un cambio profundo en el sistema *federalista* descrito por el Artículo Cinco.

Hay una profunda unidad, por lo tanto, entre la sustancia nacionalizadora de la Decimocuarta Enmienda y el proceso nacionalizador por medio del cual la Convención/Congreso propuso promulgarla en forma de ley. Tanto la sustancia como el proceso ponían a la ciudadanía en primer plano. La *First Reconstruction Act* decía a los sureños, en unos términos nada vagos, que no podían actuar como ciudadanos de sus estados individuales sin afirmar la prioridad de la ciudadanía nacional ratificando la Decimocuarta Enmienda. Mediante una notable operación de arranque, la Convención/Congreso estaba proponiendo redefinir a Nosotros, el Pueblo de los *Estados* Unidos como Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos*.

Desde este punto de vista, la *First Reconstruction Act* es funcionalmente equivalente al Artículo Siete de la Constitución de 1787. Sustituyendo nueve convenciones ratificadoras por trece asambleas legislativas estatales, el Artículo Siete no solo daba a los Federalistas una posibilidad realista de conseguir la aceptación de su iniciativa constitucional, sino que daba sustancia institucional a su afirmación de que el gobierno nacional, no menos que los estados, eran creaciones de Nosotros, el Pueblo. Igual que la Ley de la Reconstrucción, el Artículo Siete surgía de un tren institucional elaborado que mejoraba enormemente la reivindicación de la soberanía popular que hacían los reformadores.

Pero había grandes diferencias en la forma en que los Federalistas y los Republicanos interpretaban su tren institucional. Y lo que es más importante, los Federalistas sacaban la mayor parte de sus materiales del nivel estatal del gobierno, aunque, incluso en la década de 1780, las contribuciones no convencionales de las instituciones nacionales, especialmente del Congreso de la Confederación, fueron muy sustanciales. En contraste, los Republicanos utilizaban instituciones nacionales creadas por los Federalistas –la separación de poderes, las elecciones nacionales– para reclamar la autoridad constituyente en nombre de Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos*. Pero esta diferencia en el propio proceso evoca unas diferencias sustanciales más profundas. Al proponer el Artículo Siete, la Convención de Filadelfia buscaba el consentimiento popular de un régimen que seguía estando muy inseguro respecto a la relación existente entre la autoridad nacional y la de los estados[33]. Con la Ley de la Reconstrucción, la Convención/Congreso estaba proponiendo resolver esta ambigüedad y establecer la prioridad de la ciudadanía nacional en una Unión reconstruida.

El aspecto conservador de la Reconstruction Act

Al mismo tiempo, la Convención/Congreso consiguió preservar buena parte de la tradición federalista. Su *Reconstruction Act* todavía permitía a un bloque de estados del Sur rechazar la enmienda, siempre que estuviesen dispuestos a quedarse fuera, a la intemperie del Capitolio. Naturalmente, si ejercían este derecho que les quedaba en virtud del Artículo Cinco, el peso de la decisión regresaría a la Convención/Congreso y a los votantes estadounidenses en las próximas elecciones nacionales, que podrían o no dar nuevos pasos para introducir la Decimocuarta Enmienda en los códigos sin el consentimiento del Sur. En sí misma, la Ley de la Reconstrucción había transformado radicalmente, pero no obliterado, la tradición federalista.

El aspecto conservador de la ley también se puso de manifiesto en su negativa a promover la intervención federal activa en el proceso de construcción estatal. Si bien hacía oscilar la perspectiva de la readmisión del Congreso si los sureños blancos y negros accedían a las demandas nacionales, dejaba enteramente en manos de los sureños impulsar el proceso. Según el senador Sherman, que redactó los términos legales fundamentales:

> La [ley] no prevé ninguna maquinaria [administrativa] [...]. Esta es una invitación al pueblo. Pueden convocar convenciones de partido, convenciones estatales, y finalmente, por un movimiento del pueblo,

[33] *The Federalist*, núm. 39 sigue siendo la exposición clásica de esta profunda incertidumbre relativa al *locus* de la soberanía popular entre los estadounidenses de la era revolucionaria.

> sin tener en cuenta a sus asambleas legislativas o a sus tribunales locales, pueden convocar una convención constitucional, elegida por todo el pueblo, y elaborar una constitución […]. Si, de todos modos, pasan por todo esto […] les diremos que tienen que ir más allá, y que su Asamblea legislativa tendrá que adoptar la enmienda constitucional [entonces, y solo entonces, podrá el Sur aspirar a la readmisión][34].

Apelando a un «movimiento del pueblo», Sherman estaba siguiendo el enfoque desencadenante adoptado en Filadelfia. La Constitución de 1787 no trató de obligar a las convenciones del pueblo a reunirse a escala estatal. Dependía de los Federalistas de cada estado convencer a las asambleas legislativas. Más en general, tanto la Constitución federalista como la *First Reconstruction Act* [Primera Ley de la Reconstrucción] suponían que las nuevas iniciativas serían legitimadas mediante dos ciclos *independientes* de política constitucional: el primero a escala nacional, el segundo a escala estatal.

Inmediatamente quedó claro, sin embargo, que esta premisa Federalista era inconsistente con las aspiraciones nacionalizadoras de la Convención/Congreso. Proclamasen lo que proclamasen los Republicanos desde su baluarte en el Capitolio, el Sur estaba de hecho dominado por unos gobiernos blancos que tenían el apoyo del Presidente. No era probable que estos gobiernos cooperasen, como habían hecho sus equivalentes Federalistas, en su propia reorganización constitucional. Con unos gobiernos blancos hostiles, ¿cómo podían establecerse los nuevos registros de votantes blancos y negros, cómo podía sostenerse una política revolucionaria de reconstrucción constitucional?

El Congreso nacionaliza el proceso de ratificación

Anticipando estos problemas, el Congreso saliente aprobó una ley especial autorizando a su sucesor a reunirse inmediatamente después de que su mandato hubiese expirado el 4 de marzo de 1866 a mediodía. Para vergüenza de los Republicanos, muchos representantes no estaban preparados para acudir a Washington ocho meses antes de su reunión normal en diciembre. Cuando el presidente de la Cámara hubo pasado lista, había siete estados del Norte que no estaban totalmente representados[35]. En la

---

[34] *Congressional Globe*, 39º Congress, 2nd Sess., 1867, p. 1564. Sherman fue el redactor del lenguaje desencadenante que finalmente fue promulgado, pero no estaba solo. Otros, en ambas Cámaras, creían que debía permitirse al Sur reconstruirse por sí mismo. Véase, por ejemplo, Baker, *ibid.*, p. 137; Bingham, *ibid.*, p. 501; Bingham, *ibid.*, p. 1212; McRuer, *ibid.*, p. 1331; Trimble, *ibid.*, p. 64.

[35] Entre los estados con representantes ausentes se encontraban California, Connecticut, Kentucky, Nebraska, New Hampshire, Rhode Island y Tennessee. En la mayor parte de ellos, todavía no se habían celebrado elecciones, y solo Nebraska y New Hampshire estarían representados antes de que el Congreso levantase la sesión en abril. Tres más tendrían representantes en

sesión inaugural se dramatizó una vez más el carácter no convencional de la autoridad del Congreso. Como subrayó la minoría demócrata, «siete de los trece estados originales que en 1787 se unieron y crearon la Constitución» estaban ausentes[36]. Pese a que la minoría manifestó «su más solemne protesta contra cualquier acción relacionada con la organización de esta Cámara hasta que los estados ausentes estén plenamente representados en ella»[37], los Republicanos organizaron una Cámara con representantes de veinte de los treinta y siete estados. El 23 de marzo, las mayorías republicanas habían aprobado un segundo proyecto de ley de la Reconstrucción por encima del veto del Presidente.

La Segunda Ley de la Reconstrucción es rechazada de plano en los relatos históricos. Esto es un error, pues esta ley representa una clara ruptura con las tradiciones federalistas. La ley notificaba que la Convención/Congreso no permitiría a los gobiernos blancos del Sur sabotear a un «movimiento del pueblo» a favor de una visión republicana de la Unión. Convertía al Ejército de la Unión en un instrumento burocrático para expresar el interés nacional en la Reconstrucción y en la ratificación de la Decimocuarta Enmienda.

La ley encomendaba a cada uno de los cinco comandantes de distrito registrar a los votantes blancos y negros que el Congreso considerase que cumplían los requisitos. El ejército supervisaría después una primera ronda de elecciones para una convención constitucional, y una segunda ronda que determinaría si una mayoría respaldaba la nueva constitución surgida de la convención. En este punto, la segunda ley se adhería a las propuestas desencadenantes de la primera: el nuevo estado podía obtener representación en el Congreso solo después de haber aprobado la Decimocuarta Enmienda y una vez que esta hubiese obtenido la aprobación de una mayoría de las tres cuartas partes de los estados. Sin embargo, la nueva ley había dado un paso gigantesco hacia la *nacionalización de la función desencadenante*.

Esto se entendió perfectamente, y no solo por parte de la oposición demócrata. Incluso el líder de la mayoría en el Senado, William Pitt Fessenden, era contrario a ella.

> En vez de dejar que el pueblo resuelva la cuestión a su manera, como yo estaría perfectamente dispuesto a hacer, […] vamos más allá y decimos

---

la Cámara cuando el Congreso se reuniese en julio, pero los escaños de California y de Tennessee permanecerían vacíos hasta el 21 de noviembre, cuando este se reunió por tercera y última vez aquel año, *Congressional Globe*, 40º Congress, 1st Sess., 1867, pp. 6, 185, 468 y 768.

[36] *Ibid*., p. 3. Los siete estados no representados, que habían sido miembros fundadores de la Unión, fueron New Hampshire, Rhode Island, Connecticut, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Georgia.

[37] *Ibid*., pp. 2-3.

> que este gobierno militar que mandamos allí tendrá que tomar la iniciativa, y no solo tendrá que tomar la iniciativa, sino regular todos los detalles y establecer de qué modo habrá de hacerse. Ya ve el peligro que esto tiene, Señoría. Yo lo veo, o creo que lo veo. No es un pueblo satisfecho, o fácil de satisfacer, con el que tenemos que vérnoslas. La inmensa mayoría de la población blanca, probablemente diecinueve de cada veinte de ellos, están dispuestos a criticar todo lo que hacemos, y yo creo que nos corresponde a nosotros no darles ocasión, no solo apropiada sino tampoco plausible, para acusarnos de nada[38].

Teniendo en cuenta estos problemas, Fessenden ofreció una enmienda que habría autorizado al Ejército a compilar un nuevo registro de votantes blancos y negros, pero esto habría requerido una decisión afirmativa del gobierno blanco antes de proceder a las elecciones para una nueva convención constitucional. Reconocía que esto podía retrasar mucho todo el proceso, pero consideraba que era un precio que valía la pena pagar:

> Estoy tan preocupado como el que más porque estos estados estén de nuevo en plena comunión con nosotros tan pronto como sea posible [...]. [Pero], y uso la palabra una vez más, obligándolos, tomando el asunto en nuestras propias manos...nos exponemos a [...]. Desventajas [...]. Pueden salir y decirnos que no desean venir; que han sido obligados a volver; que no nos agradecen que les obliguemos a considerar esta cuestión [la de celebrar una nueva convención constitucional]; deberíamos dejársela a ellos [...]. No es un asunto para los militares [...][39].

Cito las observaciones de Fessenden porque el senador era quizá el republicano más influyente del Capitolio[40]. Su oposición ponía de relieve la seriedad de la ruptura con los viejos valores federalistas. De todos modos, el Senado rechazó la enmienda de Fessenden por treinta y tres votos contra catorce[41]. Viniendo de la reciente victoria en las urnas sobre Andrew Johnson, los Republicanos ya no creían que su mandato nacional pudiese ser apropiadamente bloqueado por la petición de los Federalistas de Fessenden de «dejar que el pueblo [de cada estado] resuelva la cuestión a su manera». Hablando en nombre del Comité Jurídico, Lyman Trumbull se enfrentó directamente a la crítica de Fessenden:

> En algunas de las observaciones hechas por el senador por Maine [Fessenden] ayer, se manifestó en contra de imponer una constitución al pueblo de ninguno de estos estados. Yo también lo estoy [...], y

---

[38] *Ibid.*, p. 161.
[39] *Ibid.*, p. 110.
[40] Véase, por ejemplo, E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., pp. 269-273.
[41] *Congressional Globe*, 40º Congress, 1st Sess., 1867, p. 118.

> este proyecto de ley no propone tal cosa: propone dejar a los votantes registrados, excluyendo a determinados líderes rebeldes que no han de ser registrados, determinar, mediante los delegados que elijan para la convención, si elaborarán una constitución [...]. ¿Es eso obligarlos?

El único objetivo del proyecto de ley es dar facilidades al pueblo para que exprese su opinión[42].

Si bien Fessenden protestó, a la vieja manera federalista, de que el gobierno nacional estuviese obligando a los estados a tomarse en serio la agenda republicana, Trumbull presentó al gobierno nacional en un nuevo rol: como garante de la vida democrática a escala estatal. Este punto de vista es familiar a los modernos estudiosos de la Decimocuarta Enmienda; pero es fascinante verlo emerger en el proceso mismo por el que la enmienda se convierte en norma superior. Una vez más, podemos vislumbrar la unidad que integra el proceso de producción normativa de carácter superior con la sustancia. Nacionalizando la función desencadenante, la Convención/Congreso estaba actuando en función de la misma interpretación que anima a la sustancia de la enmienda, la de que Nosotros, el Pueblo, hablando por medio de las instituciones nacionales, podemos legítimamente intervenir para salvaguardar el ejercicio de la ciudadanía igual en los estados.

El Senado adoptó dos enmiendas legales al servicio de esta visión constitucional emergente. En virtud de la primera, además de depositar un voto a favor de su candidato favorito a la convención constitucional, cada votante sería consultado sobre si había que celebrar o no una convención. Solo si una mayoría decía sí, la ley autorizaba al ejército a notificar a los victoriosos delegados a reunirse en nombre del Pueblo. Esta enmienda, propuesta por el senador Charles Drake, hacía hincapié en el interés nacional que tenía generar una política constitucional con un genuino apoyo popular[43]. En virtud de la segunda, en una línea similar, el Senado requería que al menos la mitad de los votantes registrados acudiesen a las urnas antes de que pudiera convocarse una convención, o aprobarse una constitución[44].

Vista como un todo, la ley era un hito en la adaptación de las formas constitucionales; la Nación le estaba diciendo ahora al Pueblo de los estados del Sur cómo podría expresarse válidamente su voluntad constitucional, pero seguía correspondiendo al Pueblo de cada estado hacer su propio juicio. La Reconstrucción culminaría igualmente con un escrito que *tendría la apariencia* de una «enmienda» al Artículo Cinco, aunque la realidad habría horrorizado a los Federalistas, que nunca habían imaginado

---

[42] *Ibid.*, p. 110.
[43] *Ibid.*, p. 155.
[44] Como veremos, más tarde los acontecimientos obligaron a los Republicanos a suavizar este segundo requisito en la *Fourth Reconstruction Act*. Véase el capítulo 8.

que unos estados que no diesen su consentimiento podrían ser prohibidos en el Congreso mientras ignorasen la expresión de la voluntad constitucional de la Nación.

De un modo aún más fundamental, la Convención/Congreso no había ahorrado a los Republicanos de cada estado la formidable tarea de movilizar repetidamente un apoyo mayoritario para su intento de representar al Pueblo, primero autorizando una convención constitucional, después aprobando la nueva constitución republicana, y finalmente obteniendo respaldo legislativo para la Decimocuarta Enmienda. Por mucho que la Primera y la Segunda *Reconstruction Acts* hubiesen roto con principios federalistas clave, seguían siendo decisiones *desencadenantes*, que dejaban en manos del Pueblo (nacionalmente definido) de cada estado determinar si compartían la empresa nacionalista de redefinición constitucional iniciada por la Decimocuarta Enmienda.

Triangulando los precedentes

Hemos tratado de entender, a la manera del derecho común, las decisiones desencadenantes de la Convención/Congreso comparándolas con precedentes anteriores. A medida que se acumulan los casos estudiados, las comparaciones con la Fundación pueden solo iniciar esta indagación más general. En particular, las actividades no convencionales vinculadas con la Decimotercera Enmienda constituyen la fuente esclarecedora más inmediata.

Vistas las cosas desde este punto de vista, surge una paradoja. Pese a la lucha de Andrew Johnson contra la Decimocuarta Enmienda, él mismo había proporcionado a la Convención/Congreso los precedentes clave de sus propias actividades no convencionales. Fue el Presidente, no la Convención/Congreso, el primero que había exigido «en nombre de todo el Pueblo», que los estados sureños ratificasen la Decimotercera Enmienda como una «promesa de lealtad perpetua»[45]. Fue el Presidente, no la Convención/Congreso, el primero que hizo de la ratificación estatal una condición para la readmisión en el Congreso. Fue el Presidente, no la Convención/Congreso, el que introdujo funcionarios federales anómalos en los procesos constitucionales estatales.

Todas estas actividades transgresoras o innovadoras son más perceptibles la segunda vez. Pero esto se debe en parte a que los Republicanos dejaron su huella en las leyes aprobadas por el Congreso, mientras que el Presidente desperdigó sus actividades no convencionales entre una variedad

[45] J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, p. 358.

de fuentes que son difíciles de rastrear: proclamaciones, mensajes y telegramas a los gobernadores provisionales. No debemos permitir que la enérgica resistencia de Johnson a la Reconstrucción animada por el Congreso oculte su propio papel en la apertura de la senda nacionalizadora.

Este punto es especialmente importante teniendo en cuenta cuál es nuestro objetivo primordial, que no es solo entender la Reconstrucción en sus propios términos, sino entender las pautas de producción normativa de carácter superior que han servido para organizar la respuesta de los estadounidenses a las crisis constitucionales a lo largo de las generaciones. Desde este punto de vista, es muy importante que, pese a sus desacuerdos, *tanto* el Presidente «conservador» *como* el Congreso «reformista» se viesen llevados a invalidar los poderes de veto concedidos a los estados por el Artículo Cinco. Esta convergencia práctica sugiere una tendencia subyacente del sistema en evolución.

Lo mismo puede decirse de un segundo paralelismo. Tanto en el caso de la Decimotercera Enmienda como en el de la Decimocuarta, una victoria contundente en las elecciones nacionales dio a los reformadores el mandato que necesitaban para sus actividades desencadenantes no convencionales. Sin la aplastante victoria republicana en las urnas en 1864, Johnson nunca habría reclamado un mandato de la Nación para inducir al Sur a ratificar la Decimotercera Enmienda, como tampoco Bingham hubiera hecho esta reclamación si los Republicanos no hubiesen ganado tan claramente las elecciones de 1866[46].

Estas pautas reaparecerán regularmente en la historia estadounidense. Una y otra vez, protagonistas rivales desde centros de poder enfrentados en Washington DC, llegarán a un punto muerto debido a sus contradictorios puntos de vista constitucionales. Una y otra vez, apelarán al Pueblo en las siguientes elecciones nacionales para salir del punto muerto, a menudo fracasando, pero a veces saliéndose con la suya en su intento de reivindicarse en las urnas. Y cuando obtengan un mandato electoral, seguirán el camino marcado por Johnson y Bingham: actuando agresivamente para inducir a otras partes, más conservadoras, del sistema constitucional a tener en cuenta la voluntad del Pueblo.

No estoy sugiriendo que el siglo XX haya sido una reposición del XIX, como tampoco que el XIX haya sido una copia del XVIII. Pero pese a todas las diferencias superficiales, ¿acaso no podemos empezar a ver diferentes episodios históricos como variaciones sobre un mismo conjunto reducido de temas constitucionales?

---

[46] De hecho, de no ser por el resultado electoral, es poco probable que el 38º Congreso hubiese aprobado la Decimotercera Enmienda en primer lugar. Véase el capítulo 5.

VIII
LA GRAN TRANSFORMACIÓN

La ratificación y la consolidación

Cuando la Convención/Congreso finalizó su sesión especial a comienzos de primavera, los Republicanos dejaban atrás un período de creatividad que podía rivalizar con la Fundación. Desde su primera reunión después de la Guerra, habían señalado su reivindicación no convencional de la soberanía popular excluyendo a los congresistas del Sur. Cuando la legitimidad de su posesión del Capitolio fue cuestionada por el Presidente, utilizaron las elecciones de 1866 para demostrar que el Pueblo respaldaba sus pretensiones de producción normativa de carácter superior. Cuando el Presidente alentó a los estados del Sur a vetar la Decimocuarta Enmienda, desencadenaron, con sus Leyes de la Reconstrucción, otra ronda de actividad ratificadora sin precedentes.

En cada fase del proceso –señalizadora, propositiva, desencadenante– los Republicanos imprimieron menos significados a la producción normativa de carácter superior a unos materiales institucionales familiares. El patrón emergente era mucho más nacional que en 1787. El Artículo Cinco suponía que un organismo de tipo filadelfiano dominaría la vida nacional solo a petición de las dos terceras partes de los estados. Pero la Convención/Congreso señaló su autoridad en el proceso de producción normativa de carácter superior excluyendo a casi un tercio de los estados de sus escaños. El Artículo Cinco daba por supuesto que el Congreso, o una convención, sería el único actor importante a escala federal. Pero la Decimocuarta Enmienda fue el producto de una lucha en curso entre el Presidente y el Congreso. El Artículo Cinco limitaba la función del Congreso a determinar si las convenciones o las asambleas legislativas estatales debían implicarse en la tarea de la ratificación. Pero la Convención/Congreso había ido mucho más allá de esto cuando su reclamación de estar hablando en nombre del Pueblo fue confirmada en unas elecciones desencadenantes.

Pero cuando todo había concluido, la suerte de la Decimocuarta Enmienda seguía siendo dudosa. La fuente más obvia de resistencia eran los gobiernos sureños blancos establecidos por los presidentes Lincoln y Johnson. Según las Leyes de la Reconstrucción, la aprobación de la Decimocuarta Enmienda por parte del Sur llegaría solamente al final de un complejo proceso de construcción estatal en el que estaría implicado el registro federal de un electorado blanco y negro, y después de repetidas manifestaciones de apoyo popular a la elaboración de una nueva constitución y a la elección de una asamblea legislativa del estado. Durante todo este tiempo, las estructuras del poder blanco continuaron como gobiernos «provisionales sujetos a la autoridad primordial de Estados Unidos para abolirlos, modificarlos, controlarlos o sustituirlos en cualquier momento»[1]. Pero si el ejército de la Unión optaba por no ejercer su «autoridad primordial», los gobiernos se sentirían incentivados a perturbar el complejo proceso de construcción estatal, y lo mismo harían los grupos paramilitares blancos. La llamada legal a un imponente ritual de deliberación democrática que culminaría con la aprobación de la Decimocuarta Enmienda, amenazaba con tener efectos contraproducentes. ¿Serviría el intento federal solamente para dejar inequívocamente claro que los blancos sureños rechazaban contundentemente la Unión Republicana? Incluso si los gobiernos blancos no saboteaban el proceso, ¿podrían los Republicanos sureños obtener una serie ininterrumpida de victorias electorales, creando de este modo un tren institucional a favor de la Decimocuarta Enmienda?

Solo una cosa estaba clara: el apoyo continuo del ejército sería crucial para impulsar el proceso pese a la resistencia de los gobiernos establecidos. Esto nos lleva a un segundo gran obstáculo: Andrew Johnson, en su calidad de comandante en jefe. Johnson consideraba al Congreso republicano como una asamblea no constitucional propensa a un despotismo militar centralizado. ¿Cómo respondería, pues, el Presidente a la llamada del Congreso a utilizar el ejército para destruir a los gobiernos blancos que él y Lincoln habían contribuido a crear?

Aún peor, los Republicanos aún no habían escuchado el veredicto del Tribunal Supremo. Una cosa era que el Presidente denunciase a la Convención/Congreso por inconstitucional, y otra muy distinta que el Tribunal lo confirmase. ¿Seguiría el pueblo leal del Norte dando apoyo al Remanente Republicano del Capitolio si los magistrados del Tribunal declaraban inconstitucionales las Leyes de la Reconstrucción?

Aunque Abraham Lincoln había hecho cinco nombramientos en el Tribunal[2], no podrían quedarse al margen de la Convención/Congreso en

---

[1] Sec. 6, 14 *Stat.*, 1867, pp. 428-429.
[2] Los nombramientos de Lincoln fueron los jueces Stephen Field, David Davis, Samuel Miller, Noah Swayne y Salmon P. Chase.

su momento de la verdad constitucional. Un contraataque judicial podía no solo perjudicar el prestigio de los Republicanos ante la nación, sino que podía alterar inmediatamente el equilibrio institucional de poder. Armado con una sentencia del Tribunal Supremo condenando las Leyes de la Reconstrucción, el presidente Johnson ordenaría seguramente a sus comandantes sureños que retirasen su apoyo a los gobiernos exclusivamente blancos que habían vetado la Decimocuarta Enmienda. ¿Podría dar un paso más y ordenar que el ejército de la Unión se retirase del Sur, proclamando que su política había restablecido la paz?[3]. Si el ejército se marchaba, ¿regresaría alguna vez? Sin el ejército controlando a los terroristas y supervisando la construcción del estado, ¿sería alguna vez ratificada la Decimocuarta Enmienda?

Estas cuestiones apuntan a la existencia de una transformación más profunda. Al nacionalizar el proceso desencadenante con sus Leyes de la Reconstrucción, la Convención/Congreso estaba poniendo en juego unas fuerzas que también nacionalizarían la ratificación. La suerte de la Decimocuarta Enmienda no se resolvería exclusivamente con los tejemanejes de cada uno de los estados, como suponía el Artículo Cinco. Vendría determinada en gran parte por las decisiones interrelacionadas del Congreso, el Presidente y el Tribunal. Para describir mi tesis con un sola frase: la separación de poderes estaba teniendo un papel clave en el proceso ratificador previamente monopolizado por los estados. Describiré esta gran transformación paso a paso, a medida que se vaya produciendo a partir de los intentos de la Convención/Congreso de trascender sucesivamente los desafíos a su autoridad procedentes del Presidente y del Tribunal.

Esto nos hará visitar de nuevo alguno de los acontecimientos más dramáticos de la historia constitucional, incluido el intento de la Convención/Congreso de impugnar al Presidente y de despojar al Tribunal Supremo de sus poderes de revisión judicial. Situaré estas luchas en un marco más general de transformación. Dos temas dominarán, y ambos tienen raíces en un mismo aspecto de la Constitución. A diferencia del sistema parlamentario, los protagonistas institucionales en Washington DC, no podían convocar unas elecciones especiales para su propia conveniencia y tenían que volver a recurrir a los votantes de acuerdo con un calendario preestablecido. Esto significaba, primero, que si el Presidente y el Tribunal deseaban obstruir la Reconstrucción, había solo una forma en que la Convención/Congreso podía responder antes de 1868: amenazar a los poderes del Estado más conservadores con unas consecuencias institucionales serias si no suspendían su campaña de resistencia.

[3] Johnson había proclamado ya que «la paz, el orden, la tranquilidad y la autoridad civil existen ahora en todo el territorio de los Estados Unidos de América». Proclamación del 20 de agosto de 1866, J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, pp. 434, 438. Véase también *ibid.*, p. 445.

Estas *amenazas no convencionales* adoptaron diferentes formas en el caso de la Presidencia y en el del Tribunal. En el primer caso, la Convención/Congreso trató de conseguir el *impeachment* de Andrew Johnson; en el segundo, trató de privar al Tribunal del poder de regular la constitucionalidad de las *Reconstruction Acts*. Pese a sus diferentes formas, estas dos acciones desempeñaban funciones idénticas. En cada caso, la Convención/Congreso pretendía de preservar el mandato del Pueblo que los Republicanos creían haber ganado en las elecciones de 1866, e insistían en la rápida ratificación de la Decimocuarta Enmienda.

El uso de las amenazas no convencionales no carecía totalmente de precedentes como técnica de producción normativa de carácter superior. Ya hemos visto a la Convención/Congreso y al Presidente tomar iniciativas similares en contra de los gobiernos de los estados del Sur en sus intentos de obtener la ratificación de la Decimotercera y la Decimocuarta Enmiendas. La novedad, en la medida en que la haya[4], reside en la selección por parte de la Convención/Congreso de objetivos institucionales. Previamente, los estados del Sur habían sido objeto de amenazas no convencionales. Pero ahora que el proceso de ratificación había sido nacionalizado, era necesario inducir a las ramas conservadoras del gobierno nacional a cooperar para que la Decimocuarta Enmienda se convirtiera en norma superior. Pero ¿cómo reaccionarían el Presidente y el Tribunal ante estas amenazas no convencionales?

A medida que desarrollemos el patrón de la resistencia conservadora y de la amenaza no convencional, se pondrá de manifiesto una segunda implicación básica del calendario constitucional. Digamos que se trataba de una carrera contra reloj. Cuando la Convención/Congreso aprobó su segunda Ley de la Reconstrucción en marzo de 1867, solo quedaban dieciocho meses para las elecciones de 1868. Este sencillo punto nos permite detectar una fría lógica constitucional en unos acontecimientos que de otro modo podían parecer –y que a menudo han sido presentados de este modo– como un melodrama irracional. Prosiguiendo su lucha contra el Remanente Republicano, ni el Presidente ni el Tribunal estaban librando una absurda batalla de retaguardia. Estaban implicados en una maniobra estratégica racional: si conseguían ralentizar la Reconstrucción solo unos meses, los conservadores podían convertir las elecciones de 1868 en un referéndum final sobre la Decimocuarta Enmienda.

De acuerdo con este escenario, el candidato conservador a la Presidencia (Johnson se veía a sí mismo en este papel) podía afirmar que los esfuerzos

---

[4] De hecho, tanto Jefferson como Jackson habían experimentado mucho antes con esta técnica, al menos por lo que respecta al Tribunal Supremo. Véase mi texto *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., pp. 95-105 y mi libro, de próxima aparición, *The Roots of Presidentialism*.

militaristas del Congreso no habían hecho más que crear un caos interminable en el Sur; las noticias diarias sobre la resistencia blanca a la Reconstrucción militar ponían de manifiesto la sensatez de la política conservadora del Presidente. La contraofensiva conservadora podía sin duda ser bien recibida por unos norteños cada vez más cansados de una generación de turbulencia constitucional y profundamente ambiguos respecto al sufragio negro. No estaba claro, naturalmente, si la estrategia de Johnson iba a tener éxito, pero no era en absoluto descabellado que el Presidente pensase que, si podía resistir hasta 1868, el Pueblo *podría* acudir en su rescate.

Es un grave error, por consiguiente, considerar que las ramas conservadoras eran totalmente impotentes frente a las amenazas de *impeachment* y de vaciado jurisdiccional por parte de la Convención/Congreso. Efectivamente, hay muchos casos en la historia estadounidense en los que los poderes conservadores del Estado han desafiado la presión reformista y han salido ilesos. Pero en este crítico momento, ni el Presidente ni el Tribunal lucharon hasta el final. Ambos llevaron a cabo brillantes «cambios a tiempo», retirándose ante el *impeachment* o el vaciado jurisdiccional de una forma que les evitaba un daño permanente.

En consecuencia, la Convención/Congreso ganó su carrera contra el reloj. Con la ayuda del ejército de la Unión, suficientes estados del Sur firmaron la enmienda para permitir al secretario de Estado Seward proclamar su validez en julio de 1868. En vez de marcar una nueva escalada en la batalla de la producción normativa de carácter superior, las elecciones de 1868 cumplieron una función constitucional diferente: la consolidación. Aunque ahora la Decimocuarta Enmienda estaba ya asentada en los códigos, todo el mundo era consciente de su pedigrí no convencional. De hecho, destacados Demócratas amenazaron con revocar la Reconstrucción durante las elecciones de otoño. No era demasiado tarde para que los votantes reconsiderasen el estatus de la Decimocuarta Enmienda colocando de nuevo a los Demócratas en el poder en Washington.

Pero el resultado de las elecciones de 1868 puso fin a todo este cuestionamiento. Con su control del poder nacional reconfirmado en las *elecciones de la consolidación*, los Republicanos de la Casa Blanca y del Capitolio adoptaron una serie de medidas agresivas para ampliar la composición del Tribunal Supremo con unos magistrados que reivindicarían su nueva visión de la Unión. En 1873, un Tribunal reconstituido afirmó la validez de las Enmiendas de la Reconstrucción por unanimidad en el caso *Slaughterhouse*. Con los tres poderes ahora detrás de la Enmienda, la gran operación de arranque de los Republicanos había llegado, finalmente, a una conclusión triunfante. Resumiendo las fases finales del tren institucional:

> Cuestionamiento de los poderes conservadores → Amenazas no convencionales del poder reformista (*impeachment* y vaciado jurisdiccional) → Cambio a tiempo de los poderes conservadores → Elecciones de la consolidación → Dictámenes consolidadores del Tribunal Supremo.

Entre otras cosas, este esquema serviría de puente para el siguiente gran punto de inflexión constitucional. Un patrón similar emergerá de nuevo durante las fases finales de la Revolución del *New Deal*, aunque en esta ocasión, la Presidencia se unirá al Congreso como parte de la coalición reformista, y dejará al Tribunal Supremo jugar el principal papel conservador en el «cambio a tiempo». Pero todo esto es mejor dejarlo para la Tercera Parte. Nuestro propósito es entender la gran transformación del siglo XIX en sus propios términos.

El desafío emergente

En cuanto la Convención/Congreso dejó Washington después de su primera sesión especial, otras instituciones empezaron a colmar el vacío. El 15 de abril, el Tribunal Supremo permitió al gobierno johnsoniano de Georgia proseguir con una moción presentada contra el secretario de Guerra Edwin M. Stanton. La petición instaba la emisión de un mandamiento judicial contra el intento republicano de destruir al «estado de Georgia existente para desalojarlo y poner en su lugar […] a otro Estado distinto y hasta la fecha desconocido, que sería llamado y designado como estado de Georgia»[5]. El informe verbal generó un «intenso interés»[6]: ¿encabezarían los magistrados la batalla contra la Reconstrucción y la Decimocuarta Enmienda?

La respuesta era «aún no». Como el Tribunal finalizaba su mandato a mediados de mayo, desestimó el caso *Georgia v. Stanton* por «falta de jurisdicción». Esto no implicaba una pasividad permanente. Aunque el Tribunal había rechazado atender la petición de una entidad abstracta llamada «Estado de Georgia», podía atender las quejas de personas concretas que sufriesen daños reales a manos de funcionarios de la Unión que ponían en práctica la Reconstrucción. Pasarían unos cuantos meses antes de que empezaran a llegar estos casos. En consecuencia, el Tribunal podía dejar a Washington con su futuro papel en el aire[7].

---

[5] Al mismo tiempo, el Tribunal se negó a instruir un pleito del gobierno johnsoniano de Misisipi que habría tratado de impedir directamente al Presidente, por oposición a sus funcionarios de rango inferior, hacer cumplir las *Reconstruction Acts*, Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., Parte Primera, p. 385.

[6] *National Intelligencer*, citado en *ibid.*, p. 386.

[7] Los magistrados no pronunciaron un dictamen en *Georgia v. Stanton* hasta febrero del año siguiente, de modo que fue imposible en este caso dedicarse a las artes adivinatorias.

El siguiente paso tenía que darlo el Presidente, que estaba obligado a explicar a sus generales con mando cómo tenían que interpretar las *Reconstruction Acts*. Igual que el Tribunal Supremo, trató de evitar una confrontación directa eligiendo una forma más sutil de controlar el reloj constitucional. A petición suya, el Fiscal general Henry Stanbery emitió dictámenes formales que interpretaban las *Reconstruction Acts* de una forma que debilitaba su aplicación práctica. Stanbery negó que los generales de la Unión pudiesen destituir a los funcionarios de los gobiernos blancos poco dispuestos a colaborar. También eliminó prácticamente su capacidad de excluir a los sureños blancos de dudosa lealtad de los nuevos registros de votantes[8]. Dado que las *Reconstruction Acts* no estaban muy bien redactadas, estas interpretaciones no eran manifiestamente absurdas, aunque hubiera sido fácil hacer una lectura más amplia de las mismas[9]. En cualquier caso, solamente el secretario de la Guerra Stanton[10] discrepó cuando el Presidente consultó a sus ministros sobre las interpretaciones de Stanbery. Con su apoyo, Johnson se embarcó en una estrategia de obstrucción legalista, dictando las órdenes apropiadas a sus generales el 20 de junio. Si estas órdenes se mantenían en vigor, el intento del Congreso de provocar una nueva ronda de actividad

---

[8] Stanbery necesitó dos dictámenes para poner a las *Reconstruction Acts* en su lugar. En el primero, con fecha de 24 de mayo de 1867, minimizaba el impacto de la disposición de descalificación de la Segunda Ley, 15 *Stat.*, 1867, p. 2. Concluyó que los funcionarios de la milicia, los municipales y los de condado no eran «funcionarios del estado» y por consiguiente que no serían inhabilitados a menos que previamente hubiesen jurado explícitamente respetar y defender la Constitución. United States Department of Justice, *Opinions of the Attorney General*, vol. 12, 1867, pp. 151-163. De un modo aún más significativo, Stanbery negó el poder de los funcionarios federales encargados del registro de votantes para llevar a cabo una investigación independiente de la idoneidad de un solicitante. Si un aspirante a votante juraba que cumplía las pruebas de lealtad al Congreso, el funcionario del registro tenía que añadir su nombre a la lista de votantes: «El propio juramento es la única prueba de la idoneidad del solicitante», *ibid.*, p. 168. Incluso Jefferson Davies pudo solicitar el registro, sometido solo a un posterior juicio por una «acusación de perjurio», *ibid.*

El segundo dictamen de Stanbery, fechado el 12 de junio, era igualmente obstruccionista. Negaba que los comandantes militares fuesen de rango superior a los gobiernos johnsonianos. Si bien el Congreso había confirmado su poder para «abolir, modificar, controlar o reemplazar», Stanbery negaba que hubiese delegado este poder a los funcionarios militares, que no podían destituir ni nombrar a los funcionarios de estos gobiernos. El único papel de los militares era mantener la paz y llevar a cabo el registro y las elecciones especificados por las leyes, *ibid.*, pp. 182, 183-184.

[9] Efectivamente, las dos comunicaciones de veto anteriores de Johnson habían interpretado las leyes en un sentido muy diferente: «El poder […] otorgado al funcionario al mando sobre el conjunto de la población de cada distrito es el de un monarca absoluto. Su mera voluntad ocupa el lugar de la ley», «Veto Message», J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, p. 500. Como dijo el senador Roscoe Conkling, «[las comunicaciones de veto] se basan en gran parte en la idea de que las leyes que denuncian contienen los ingredientes mismos, y son odiosas y detestables en la medida en que contienen esos mismos ingredientes, que ahora encuentra a faltar el Fiscal General», *Congressional Globe*, 40º Congress, 1st Sess., 1867, p. 529.

[10] Las actas de la reunión ministerial del 18 de junio se resumen en J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, pp. 528-531.

ratificadora estaba en un serio apuro: con la estabilidad de los antiguos gobiernos, y los exconfederados inundando los registros de votantes y los paramilitares blancos amedrentando a los negros, los Republicanos tenían las de perder desde el primer momento.

Teniendo en cuenta la actuación del Presidente en el pasado, la Convención/Congreso había dispuesto que en caso de necesidad se celebrase una sesión extraordinaria en verano. Regresando a Washington hechos una furia, los Republicanos respondieron con una Tercera Ley de la Reconstrucción que rechazaba las interpretaciones de Stanbery, y se dispersaron hasta diciembre[11].

La primera campaña de resistencia conservadora había hecho perder varios meses, pero había sido poco más que un combate de tanteo. Ahora, el Presidente y el Tribunal tenían que volver a reflexionar: ¿había llegado el momento de reanudar la resistencia?

El ataque

Desde el primer momento, la Convención/Congreso era muy consciente del reloj constitucional. La Segunda Ley de la Reconstrucción había instruido explícitamente a los comandantes militares para que completasen los registros de votantes blancos y negros antes del primero de septiembre[12]. Invalidando las interpretaciones de Stanbery con esta tercera Ley, la mayoría republicana reconocía que la obstrucción presidencial convertía esta fecha en poco realista, pero solo amplió el plazo hasta el 1 de octubre[13]. Desgraciadamente para los Republicanos sería más difícil fijar límites temporales a las siguientes fases de la Reconstrucción. Una vez establecidas las listas de votantes, los comandantes del ejército tenían que dejar un intervalo aceptable –la ley estipulaba «no menos de treinta días»[14] para que los candidatos se presentasen al nuevo electorado. Si luego los votantes aprobaban la celebración de una convención constitucional, los comandantes militares tenían sesenta días para «notificar a los delegados que tenían que reunirse»[15]. La siguiente fase era aún menos susceptible de control legal; los delegados, si querían, podían entretenerse eternamente antes de proponer

---

[11] 15 *Stat.*, 1867, p. 14. Los comandantes sureños estaban expresamente autorizados a destituir a los funcionarios poco dispuestos a colaborar (secc. 2), y se notificaba a las autoridades encargadas de los registros que el juramento de un aspirante a votante «no será conclusivo […] y nadie será registrado a menos que la junta [de registros] decida que está capacitado para serlo», Sec. 5, 15 *Stat.*, 1867, p. 15.
[12] Sec. 1, 15 *Stat.*, 1867, p. 2.
[13] Sec. 6, 15 *Stat.*, 1867, pp. 14-15.
[14] *Second Reconstruction Act*, Sec. 2, 15 *Stat.*, 1867, pp. 2-3.
[15] Sec. 4, 15 *Stat.*, 1867, p. 3.

una nueva constitución al Pueblo. Solo entonces asumió la ley la voz cantante, pidiendo a los comandantes militares que sometiesen la constitución al electorado «transcurridos treinta días desde la fecha» en que se propuso[16]. Si todo iba correctamente, las nuevas asambleas legislativas multirraciales estarían en posición de ratificar la Decimocuarta Enmienda a finales de la primavera o comienzos del verano de 1868, justo a tiempo para que los Republicanos regresasen al veredicto del Pueblo en otoño.

Esto permitiría a los Republicanos no solo reivindicar que su política había sido un éxito, sino también redefinir el significado mismo de la victoria electoral, especialmente en lo relativo a la elección presidencial. Si los estados del Sur seguían desorganizados, no estarían en condiciones de emitir su voto electoral; en cambio, si estaban bajo el control de una coalición de Republicanos blancos y negros, el partido podría mirar con mayor confianza sus perspectivas de una victoria a escala nacional. En suma, los Republicanos trataban de organizar otro tren no convencional; si su intento de crear un nuevo electorado en el Sur tenía éxito, este nuevo electorado podría ayudar a los firmes Republicanos a hacer realidad su afirmación de que, en 1868, hablaban en nombre de Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos*.

Por el mismo motivo, si Johnson confiaba en ganar las elecciones por derecho propio, haría todo lo que estuviese en su mano para detener a este tren. Solo una cosa estaba clara: la agenda republicana dependía de la energía y del entusiasmo de los cinco comandantes de distrito del Sur. Sería un juego de niños para ellos poner la maquinaria de la construcción del estado en una marcha corta, afirmando que las condiciones caóticas requerían más velocidad. Cuando el Congreso cerró en verano, podía ser cautelosamente optimista, ya que cuatro de los cinco comandantes de distrito eran Republicanos[17]. Al mismo tiempo, si Johnson deseaba continuar con su resistencia legalista, su próximo paso era obvio: purgar la cadena de mando del ejército.

Esto no sería fácil, ya que la Convención/Congreso había adoptado medidas preventivas en dos leyes, aprobadas por encima del veto del Presidente el 2 de marzo de 1867[18]. La Ley de Mandos del Ejército prohibía a Johnson destituir a Ulysses Grant como general del Ejército sin el expreso consentimiento del Senado. También exigía al Presidente dar todas las órdenes militares a través del general Grant, y amenazaba a cualquier

---

[16] *Ibid*.
[17] Solo el general John Schofield, cuyo distrito incluía el estado de Virginia, era conservador. De hecho, la Reconstrucción en Virginia avanzó muy lentamente, materializándose la readmisión de senadores y representantes solamente en 1870. Véase Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., Parte Primera, pp. 598-601.
[18] Aquel mismo día había invalidado el veto del Presidente a la *First Reconstruction Act*.

funcionario militar con una sentencia de prisión de como mínimo dos años si obedecía una orden presidencial sin la firma de Grant[19].

Johnson podía, por supuesto, desafiar este asalto sin precedentes al poder presidencial, si es que estaba dispuesto a correr el riesgo del *impeachment*. Pero si elegía acatar la ley, tendría que convencer a Grant para que se uniese a él en la purga militar. Esto lo hizo más difícil una segunda ley. La nueva Ley de Ocupación de Cargos protegía a los funcionarios civiles de la destitución presidencial sin el consentimiento senatorial. Entraría en vigor si la purga presidencial incluía al secretario de Guerra Stanton. Originalmente nombrado por Lincoln, el secretario era el único miembro restante del gabinete de Johnson que simpatizaba con la causa del Congreso[20]. Stanton era un rival político más hábil que Grant. Mientras permaneciese en el Ministerio de Guerra, sería muy improbable que Grant estuviese de acuerdo con las órdenes presidenciales de proceder a una purga de comandantes de distrito; y si Grant no estaba de acuerdo, Johnson tendría dificultades para persuadir a los militares de que corriesen el riesgo de ser condenados a dos años de cárcel. De ahí que el secretario de Estado fuese señalado como primera víctima de la purga.

La Ley de Ocupación de Cargos no daba a Stanton la protección explícita que ofrecía a Grant la Ley de Mandos del Ejército. Su primera sección empezaba garantizando el cargo a «todo» funcionario civil cuyo nombramiento hubiese sido confirmado por el Senado «hasta que se haya nombrado a un sucesor de la misma manera». Pero desgraciadamente para Stanton, la ley decía a continuación:

> *Se dispone* que los secretarios de Estado, del Tesoro, de la Guerra, de la Marina y del Interior, el director general de correos y el Fiscal General detentarán sus cargos respectivamente durante el mandato del Presidente por quien hayan sido nombrados y un mes más, sujetos a la destitución por y con el consejo y el consentimiento del Senado[21].

Esta disposición daría a los partidarios de Stanton un sinfín de problemas, ya que el secretario nunca había sido formalmente vuelto a nombrar por Johnson. De acuerdo con la letra de esta disposición, parecería que Stanton tenía garantizado el cargo solo durante el mandato del presidente Lincoln «y un mes más». Cuando Johnson contemplaba sus opciones en agosto de 1867, la Ley de Ocupación de Cargos no parecía presentar un serio obstáculo legal.

---

[19] Sec. 2, 14 *Stat.*, 1867, pp. 485, 486-487.

[20] Cuando otros Republicanos dimitieron del gabinete en 1866, los dirigentes republicanos apelaron a Stanton como baluarte de los intereses del Congreso. Véase Benjamin Thomas y Harold Hyman, *Stanton: The Life and Times of Lincoln's Secretary of War*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1962, pp. 471-494. Nominalmente, sin embargo, era un Demócrata.

[21] Sec. 1, *Stat.*, 1867, p. 430.

Pero no hay que subestimar el ingenio de los abogados. Como demostraron los acontecimientos, los abogados de Stanton podían decir algo en su favor. El truco era hacer una interpretación altamente conceptual del «mandato» de Lincoln en el cargo. Desde este punto de vista, el segundo mandato de Lincoln no terminó con la bala disparada por John Wilkes Booth en abril de 1865; continuó hasta el momento, el 4 de marzo de 1869, en que Lincoln habría conservado el derecho legal a permanecer en el cargo. En consecuencia, los abogados Republicanos afirmarían que Johnson estaba meramente completando el «mandato» de Lincoln. Según este razonamiento, cualquier funcionario del gabinete nombrado por Lincoln durante su segundo mandato estaba protegido del desagrado de Johnson. Ni siquiera esta interpretación forzada ayudó demasiado a Stanton, ya que había sido nombrado por Lincoln durante su primer mandato y no había sido vuelto a nombrar formalmente. Era por lo tanto necesario que los abogados idearan una nueva argucia y afirmasen que la ley obligaba a los presidentes de segundo mandato a respetar las elecciones que habían hecho durante su primer mandato a menos de que pudieran convencer al Senado para que aceptase una sustitución. Aunque los antecedentes legislativos rechazaban explícitamente este punto de vista (que era poco convincente en todo caso), esto no frenó a algunos Republicanos[22].

Estos enrevesados legalismos no han de oscurecer el principal punto institucional. Por inverosímiles que fuesen las interpretaciones legales de Stanton, el Tribunal Supremo no regresaría a Washington hasta diciembre; y tampoco el Congreso tendría la oportunidad de enmendar la ley hasta que reanudase las sesiones a finales de noviembre. Mientras tanto, correspondería al Presidente y a su secretario de Estado resolver la cuestión por su cuenta. El 5 de agosto de 1867, pocos días después de que el Congreso abandonase la ciudad, Johnson escribió a Stanton:

> Señor, consideraciones públicas de una elevada índole me obligan a decir que su dimisión como secretario de la Guerra será aceptada[23].

A lo que Stanton replicó:

> […] Tengo el honor de decirle que consideraciones públicas de una elevada índole, que por sí solas me han inducido a continuar a la cabeza de este Departamento, me obligan a no dimitir del cargo de secretario de la Guerra antes de la próxima reunión del Congreso[24].

---

[22] Véase M. Benedict, *A Compromise of Principle*, cit., pp. 297-298.
[23] H. Trefousse, *Andrew Johnson*, cit., pp. 81 y 206, nota 66.
[24] *Ibid*., p. 295.

No era la primera vez que un actor clave estaba defendiendo una posición constitucional amenazada adoptando la postura característica de un poseedor adverso. Aunque su argumentario legal era muy endeble, Stanton estaba afirmando su autoridad para conservar el cargo en nombre de la Convención/Congreso.

El siguiente movimiento del Presidente revela la fría deliberación con la que jugó sus cartas. Desde un punto de vista estrictamente legal, tenía una mano ganadora[25]. Pero Johnson no estaba interesado en las invocaciones autoindulgentes a la autoridad presidencial si esta se interfería en su objetivo inmediato: purgar al mando del ejército y de este modo disminuir la marcha de la Reconstrucción y de la Decimocuarta Enmienda. En vez de cuestionar la interpretación que hacía Stanton de la ley, invocó una vía de escape legal. La Sección Dos permitía al Presidente, durante un receso del Senado, suspender al titular de un cargo si este hubiese «mostrado, para satisfactoria evidencia del Presidente, ser culpable de mala conducta en el ejercicio de su cargo, o de un delito, o si por cualquiera otra razón se volviese incapaz o legalmente descalificado para ejercerlo». Bajo este procedimiento, el Presidente tenía que justificar su decisión ante el Senado veinte días después de su próxima reunión; y si el Senado se negaba a aceptarla, la ley disponía que el funcionario suspendido «reasumiera inmediatamente las funciones de su cargo»[26]. Actuando en función de esta disposición legal, Johnson se estaba creando un futuro problema para sí mismo. Pero de momento su táctica legal le daba una valiosa ventaja estratégica. Aplicando la Sección Dos, el Presidente privaba a Stanton de la última traza de argumento legal que justificaba la desobediencia.

De manera no menos importante, procediendo ostentosamente de acuerdo con la letra de la ley, obtuvo la cooperación de Ulysses S. Grant, incluso convenciendo al general para que sustituyese a Stanton como secretario de Guerra *ad interim*. Tácticamente, este era un golpe maestro. Cuando Grant presentó a Stanton la orden de suspensión el 12 de agosto, el secretario no tuvo más remedio que dejar paso al héroe de guerra más popular de la nación. Mientras Grant permaneciera en el gabinete de Johnson, no podría invocar honorablemente la Ley de Mandos del Ejército y negarse a refrendar las órdenes del Presidente. De un solo golpe, el Presidente había desbaratado el intento de los Republicanos de atarle de manos como comandante en jefe.

---

[25] Evaluando retrospectivamente desde la seguridad del siglo XX, el presidente del Tribunal Supremo William Howard Taft no tuvo problemas en declarar que la ley era inconstitucional –véase *Meyers v U.S.*, 272 U.S., 1925, pp. 52, 176–, aunque como expresidente podría no haber sido el juez más imparcial imaginable.

[26] Sec. 2, 14 *Stat.*, 1867, p. 430.

Cinco días más tarde, Johnson empezó su purga. Su objetivo inicial fue el general Philip Sheridan, el comandante de distrito más agresivamente republicano. A finales de mes, el Presidente también destituyó al general republicano Daniel Sickles de su cargo en el conflictivo Segundo distrito (que incluía a Carolina del Norte y a Carolina del Sur). Pese a las protestas verbales que ello suscitó, Grant no renunció a su nombramiento *ad interim* ni se negó a ejecutar las órdenes del Presidente. Para coronar su ofensiva del verano, Johnson proclamó una amnistía general de la que excluyó a un puñado de confederados, recordando una vez más al país la Resolución de 1861, en la que el Congreso declaraba que «por nuestra parte, esta guerra no se libra con el propósito de derrocar ni de interferir en los derechos o en las instituciones establecidas de estos estados [en rebeldía], sino para defender y mantener la supremacía de la Constitución, y preservar la Unión, manteniendo intactos la dignidad, igualdad y derechos de los diversos estados»[27].

Tomando el pulso: las elecciones de 1867

Así estaban las cosas cuando la nación hizo una pausa para celebrar las elecciones de 1867. Estas elecciones no podían afectar directamente a los asuntos que se debatían en Washington, pero se esperaba que en ellas los votantes tomasen algunas decisiones simbólicamente significativas. La mirada del país se volvió hacia Ohio. Las elecciones determinarían si el senador Ben Wade, el radical que sucedería a Johnson si prosperaba el *impeachment*, obtendría la renovación de su cargo. Los residentes en Ohio también votaban una enmienda constitucional que concedía el sufragio a los negros. La campaña, marcada por virulentos llamamientos racistas, llevó a la derrota del sufragio negro y de Ben Wade[28]. El sufragio negro también fue rechazado por los votantes de Kansas y de Minnesota. Los Republicanos sufrieron derrotas claras en las asambleas legislativas de Pensilvania, Nueva York, Nueva Jersey y Maryland, y vieron significativamente reducidas sus mayorías en todo el Norte[29].

En cuanto a Johnson, estos resultados solo significaban una cosa: «Estoy satisfecho, pero no sorprendido, del resultado de estas recientes elecciones», explicó a los senadores en la Casa Blanca. «Siempre he tenido una confianza absoluta en el pueblo. El pueblo puede ser inducido a error, pero no pervertido; al final siempre tiene razón. Durante las horas más sombrías que he pasado –y sabe Dios que muchas de ellas han sido muy

[27] Véase la Proclamación de 7 de septiembre de 1867, en J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, p. 547.
[28] Véase H. Trefousse, *Andrew Johnson*, cit., p. 91.
[29] *Ibid*., p. 91.

sombrías–, cuando nuestra Constitución estaba en peligro, yo tenía una confianza absoluta en el pueblo y estaba seguro de que, en cuanto pudiera, acudiría al rescate. Ha podido hacerlo y, gracias a Dios, lo ha hecho»[30]. Si aguantaba hasta el final y seguía manteniendo a los gobiernos blancos del Sur, ¿le proporcionarían las elecciones federales del año siguiente la vindicación final?[31].

Mientras tanto, su toma del poder en el Departamento de Guerra en agosto estaba dando resultados. Johnson sustituyó a Sheridan por el conservador Winfield S. Hancock, que inmediatamente empezó a rehabilitar a funcionarios johnsonianos destituidos por su predecesor[32], declarando en su primera orden: «Al general al mando le satisface saber que la paz y la tranquilidad reinan en este departamento. Es su propósito mantener este estado de cosas. Y en cuanto al medio para lograr este gran fin, considera que el mantenimiento de las autoridades civiles [es decir, los gobiernos blancos de Johnson) es lo más eficaz en las actuales circunstancias»[33].

Alentado en el frente administrativo tanto como en el frente electoral, Johnson procedió a su purga. El 28 de diciembre obtuvo el consentimiento de Grant para la destitución de John Pope y de Edward Ord, los dos últimos comandantes de distrito republicanos. Ante la proximidad de Año Nuevo, tenía motivos para celebrar la llegada de 1868 y de las elecciones nacionales programadas para ese año.

El desafío del Congreso

Los líderes del Congreso percibieron la gravedad de su situación[34]. A menos que tomasen la iniciativa, las próximas elecciones se celebrarían con gobiernos blancos en el Sur y con la Decimocuarta Enmienda en una especie de limbo constitucional[35]. ¿Cómo evitar este sino?

Los Republicanos podían aprobar más leyes, pero el Presidente había mostrado una rara habilidad para eludir el mandato. Si las palabras no eran vinculantes, solo quedaba una alternativa: el *impeachment*. El primero

---

[30] *The New York Times*, 14 de noviembre de 1867, p. 1.

[31] Pese a todos los reveses subsiguientes, Johnson intentó obtener la nominación demócrata a la Presidencia en 1868. Véase E. Gambill, *Conservative Ordeal: Northern Democrats and Reconstruction, 1865-1868*, cit., pp. 138-140.

[32] Véase M. Benedict, *The Impeachment and Trial of Andrew Johnson*, cit., p. 89.

[33] Citado en H. Trefousse, *Andrew Johnson*, cit., p. 115.

[34] «El hecho es que la Reconstrucción se encuentra ahora en un quicio […] la actuación del Congreso en los próximos diez o quince días decidirá si todo el Sur es republicano o demócrata»: Circular del 30 de diciembre de 1867 del congresista Foster Blodget, citado en M. Benedict, *The Impeachment and Trial of Andrew Johnson*, cit., p. 91.

[35] Véase H. Trefousse, *Andrew Johnson*, cit., pp. 115-122.

en la lista de aspirantes para suceder al Presidente en la Casa Blanca era el senador radical Ben Wade, que no tenía que ser convencido acerca de la necesidad imperativa de acelerar la Reconstrucción.

Pero no sería fácil lograr el *impeachment* del Presidente. El gran escollo era el carácter legalista de su resistencia. Johnson había tratado de evitar por todos los medios la ruptura de las reglas establecidas por el Congreso[36]. ¿Cómo, entonces, podía ser declarado culpable de haber cometido «delitos y faltas»?

Radicales como Thaddeus Stevens deseaban rechazar las objeciones legalistas, pero la mayoría republicana no había perdido su espíritu de contención. El 7 de diciembre, la Cámara de Representantes rechazó el *impeachment* por 57 votos a favor y 108 en contra, y con 68 Republicanos votando con la minoría demócrata[37]. Incluso en fecha tan tardía como el 14 de febrero, la mayoría rechazó el intento de Stevens de volver a proponer el *impeachment* en el hemiciclo de la Cámara[38].

Y sin embargo, el Presidente aún tenía mucho camino por recorrer antes de conseguir sus objetivos. Su purga del alto mando no había podido impedir que el ejército completase las primeras fases del proceso de la Reconstrucción. Excepto en el caso de Texas, los responsables militares de los registros habían cumplido dentro del plazo del 1 de octubre. Durante los últimos meses de 1867, los militares habían supervisado la primera ronda de elecciones requeridas por la Segunda Ley de la Reconstrucción, en la que se pedía a los votantes que autorizasen una nueva convención constitucional y que eligiesen a los delegados para acudir a la misma. Los resultados de esta primera ronda fueron arrolladoramente favorables a los Republicanos. En los nueve estados en los que se celebraron elecciones, los conservadores no lograron convencer al electorado sureño blanco y negro para que rechazase la llamada a una convención constitucional.

---

[36] La mejor prueba de la obediencia del Presidente a la letra, si no al espíritu, de la ley, era la incapacidad de sus oponentes radicales de presentar argumentos para el *impeachment* capaces de convencer a sus colegas republicanos más moderados. Véase el informe de la minoría del moderado presidente republicano del Comité, James Wilson, que discrepaba de la recomendación de la mayoría a favor del *impeachment*; véase Impeachment of the Presiedent, *House Reports*, 40th Cong., núm. 7, pp. 1-11. Con Wilson al frente de la oposición, el *impeachment* fue derrotado en el hemiciclo de la Cámara de Representantes el 7 de diciembre, con cincuenta y siete votos a favor y ciento ocho en contra. Véase H. Trefousse, *Andrew Johnson*, cit., p. 106. El carácter técnicamente legal de la obstrucción de Johnson lo reconocen incluso aquellos historiadores, especialmente Michael Benedict, que desean presentar la decisión del Congreso de impugnar al Presidente como una respuesta razonable a la provocación presidencial. Véase, por ejemplo, M. Benedict, *The Impeachment and Trial of Andrew Johnson*, cit., cap. 5.

[37] H. Trefousse, *Andrew Johnson*, cit., pp. 129-130.

[38] E. McKitrick, *Andrew Johnson and Reconstruction*, cit., pp. 503-504.

Los primeros meses de 1868 serían cruciales. En todo el Sur se reunirían convenciones para proponer constituciones; si los votantes las aprobaban, los días de los viejos gobiernos estarían contados. Si el Presidente confiaba en parar la transición, sus comandantes tendrían que utilizar su autoridad discrecional para alentar a los conservadores locales a retrasar y a perturbar el desarrollo de las convenciones y a organizarse activamente para derrotar a las nuevas constituciones en la siguiente ronda de elecciones. Pero antes de que el Presidente pudiese actuar decisivamente en el Sur, tenía que resolver de algún modo el problema legal que él mismo se había creado en Washington.

Para proceder a su purga del alto mando, Johnson había optado por tomar el camino de la menor resistencia contra el secretario Stanton. En vez de despedir directamente a Stanton, le había suspendido en sus funciones apelando a la Ley de Ocupación de Cargos. Cuando se reunió el Congreso a finales de noviembre, el Presidente ganó tiempo comunicando la noticia de la suspensión de Stanton dentro del período de veinte días previsto por la ley[39]. Al comenzar el año, Johnson ya no pudo evadir más, mediante astucias legalistas, el desafío legal a su autoridad. El 13 de enero, el Senado se negó a dar su aprobación a la destitución de Stanton. De acuerdo con los plazos previstos por la ley, había llegado el momento de que Stanton «reasumiera inmediatamente las funciones de su cargo».

Johnson respondió con una gran habilidad táctica. El sábado 11 de enero tuvo una conversación privada con su secretario *ad interim*, Ulysses S. Grant, acerca del futuro del Departamento de Guerra. Le explicó que siempre había considerado que la Ley de Ocupación de Cargos era inconstitucional y le propuso poner a prueba en los tribunales su poder de destituir a Stanton. Ofreciéndose a pagar cualquier multa que le impusieran a Grant por violar la ley, el Presidente le imploró que permaneciera en el cargo. Grant se negó, consciente del daño que podía hacer con ello a sus propias ambiciones presidenciales. Lo que sucedió luego fue motivo de una fuerte disputa. El Presidente afirmó, y el general negó, que Grant le había prometido devolverle el control del Departamento de Guerra a Johnson y no dejar que Stanton volviera a ocupar el cargo. Esto permitiría al Presidente nombrar a un nuevo secretario provisional dispuesto a rechazar las reivindicaciones de Stanton basadas en la Ley de Ocupación de Cargos. En este escenario el Presidente tomaría la delantera en su batalla contra la Convención/Congreso. Durante la siguiente ronda de enfrentamientos entre poderes, sería el hombre del Presidente el que ejercería el poder en el Departamento de Guerra, mientras Stanton permanecería indefenso entre bastidores. Si Stanton acudía a los tribunales solo conseguiría obtener la confirmación judicial de su derrota; al fin y al cabo, sus argumentos legales eran muy débiles.

---

[39] H. Trefousse, *Andrew Johnson*, cit., p. 117.

Mientras esperaba que el Senado votase la reincorporación de Stanton, el presidente Johnson creía tener motivos para contemplar el futuro con confianza. Su decepción fue, por ello, más amarga. Por primera (y única) vez en la historia constitucional, no sería el Presidente, ni el Congreso, ni el Tribunal Supremo quien haría la jugada constitucional decisiva. Sería un militar. Grant le devolvió el Departamento de Guerra al secretario Stanton y negó haber hecho ninguna promesa en sentido contrario al Presidente.

La balanza de la autoridad no convencional había empezado a inclinarse del lado contrario al del Presidente. Ya no podía esperar una obediencia incondicional como comandante en jefe, ya que previsiblemente Stanton desafiaría las órdenes presidenciales y alentaría a Grant a no poner la firma que requería la Ley de Mandos del Ejército. Fuera cual fuese la debilidad de la reclamación legal de Stanton, el simple hecho de que pudiese mantener la posesión del Departamento de Guerra minaba la capacidad de Johnson de hacer que sus órdenes fuesen seguidas por sus comandantes de campo. Si Johnson deseaba continuar su campaña, tendría que encontrar la forma de sacar a Stanton físicamente del Departamento de Guerra y poner en su lugar a un secretario provisional sujeto a la autoridad presidencial.

Mientras el Presidente meditaba su próximo paso, llegaron noticias del Sur recalcando lo mucho que estaba en juego. El 4 de febrero, Alabama se convirtió en el primer estado del Sur que votaba el resultado de una convención constitucional. Para desesperación de los Republicanos, una mayoría de residentes de Alabama registrados no acudieron a las urnas y de este modo la nueva constitución no pudo pasar la prueba de validez establecida por la Segunda Ley de la Reconstrucción[40].

Otros estados del Sur iban a la zaga de Alabama. Las convenciones habían empezado a reunirse durante enero y febrero de 1868. Las primeras noticias no fueron muy alentadoras. Cuando los moderados de Florida abandonaron una convención dominada por los radicales, el nuevo comandante de Johnson, el general George Meade, les permitió formar su propia convención separada. Cuando los radicales la aplazaron, Meade obligó a un número suficiente de ellos a unirse a los moderados para que su convención tuviera quórum[41]. La suerte de la Reconstrucción, y de la Decimocuarta Enmienda, estaba pendiente de un hilo.

---

[40] De los 165.813 votantes registrados en Alabama, solamente 71.817 fueron a las urnas, unos 10.000 menos de los necesarios para obtener la mayoría. Aunque hubo 70.812 votos a favor de la nueva constitución, no cumplió los requisitos de la *Second Reconstruction Act*, Walter Fleming, *Reconstruction in Alabama*, Columbia University Press, 1905, p. 541.

[41] Véase Charlton Tebeau y Ruby Carson, *Florida From Indian Trail to Space Age: A History*, Delray Beach (FL), Southern Publishing Company, 1965, pp. 222-223.

Las siguientes decisiones de Johnson acentuaron la sensación de crisis. El 12 de febrero creó una nueva División Militar del Atlántico, con el cuartel general en Washington DC. Esto dio al Presidente una fuerza militar independiente del general Grant. Al mismo tiempo, propuso promover a William Sherman al pleno generalato que solo Grant poseía, y llevar a este popular pero conservador héroe de guerra a Washington como comandante del nuevo distrito militar. Dado que Sherman estaba bien predispuesto hacia Johnson. El Presidente confiaba utilizarlo como su instrumento para desbancar a Stanton del Departamento de Guerra y desempeñar el papel de Grant como secretario provisional. Cuando Sherman se negó resueltamente a meterse en política constitucional[42], Johnson se dirigió al incompetente general adjunto Lorenzo Thomas. El 21 de febrero Thomas cruzó la Avenida Pensilvania, se dirigió al Departamento de Guerra y anunció: «En virtud del poder y de la autoridad que me confiere como Presidente la Constitución y las leyes de Estados Unidos, le comunico que queda usted cesado en su cargo de secretario del Departamento de Guerra, y que sus funciones como tal concluyen con la recepción de este comunicado»[43]. La explicación que hizo el Presidente de este paso es que era una continuación de su estrategia de resistencia legalista: su objetivo era precipitar un test legal ante los tribunales[44].

El siguiente paso lo tenía que dar la Convención/Congreso. Podía aceptar la invitación del Presidente de considerar su disputa simplemente como un tema más de política normal, apropiadamente resuelto por el Tribunal Supremo. O podía afirmar su autoridad no convencional como tribuno del Pueblo y utilizar su poder de *impeachment* para proteger a la Reconstrucción del asalto del Presidente.

Tomó este último camino, que se concretó en una serie de dramáticas escenas que se grabaron en la conciencia de los estadounidenses del siglo XIX. Stanton se negó a obedecer la orden de Thomas y se atrincheró en su despacho con una falange de senadores republicanos. Mientras tanto, la Cámara de Representantes se adelantó a la intención del Presidente de presentar la disputa ante el Tribunal Supremo. Tras un breve debate, impugnó a Johnson por 126 votos a 47, y los Demócratas se quedaron solos en minoría. El presidente de la Cámara nombró luego un comité especial para estudiar las cuestiones legales[45]. El comité respondió con un detallado proyecto de ley de *impeachment* que contenía nueve artículos en los que se citaban infracciones concretas de la Ley de Ocupación de

[42] El cortejo de Johnson a Sherman lo elabora H. Trefousse, *Andrew Johnson*, cit., pp. 124-128.
[43] Reimpreso en *ibid.*, p. 133.
[44] *Ibid.*, p. 136.
[45] Esta fue una resolución simplemente afirmada, sin más apoyos: «Que Andrew Johnson, presidente de Estados Unidos, sea impugnado por los delitos cometidos en el desempeño de su cargo», *Congressional Globe*, 40º Congress, 2nd Sess., 1868, p. 1400.

Cargos y de la Ley de Mandos del Ejército, solo para encontrarse con que su trabajo era cuestionado por los representantes elegidos para gestionar el *impeachment* ante el Senado. Consternados por el tenor legalista del proyecto de ley, estos gestores convencieron a la Cámara para que añadiera dos artículos más que modificaban la naturaleza del procedimiento. El primero de ellos –el artículo diez– omitía toda mención de ilegalidad e impugnaba a Johnson por «postergar la legítima autoridad del Congreso», afirmando que «de hecho es un Congreso solo de una parte de los estados». La Cámara añadió luego otro artículo, el once, que impugnaba al Presidente por los actos ilegales vinculados con la destitución de Stanton y con la negación de la legitimidad de un «Congreso» que excluía a los sureños[46]. Este último artículo –que combinaba excepcionalmente cargos legales y no convencionales– se convirtió en el eje de un voto decisivo del Senado sobre la destitución presidencial.

Estos artículos adicionales llevaron al Senado a contestar algunas cuestiones básicas: ¿en qué medida tenía que operar como un tribunal, determinando imparcialmente si el Presidente había cometido voluntariamente infracciones legales? ¿En qué medida era un tribuno del Pueblo tratando de reivindicar su autoridad contra un Presidente que negaba el derecho del Congreso a excluir al Sur?

El inicio del proceso senatorial se programó para el 30 de marzo. Mientras, otra dinámica institucional contribuyó a dar forma al resultado.

Ex parte McCardle

Mientras la Convención/Congreso dirimía la cuestión de la impugnación presidencial, el Tribunal Supremo emergía de las sombras. En primavera, se había negado a intervenir a instancias del gobierno johnsoniano de Georgia. Cuando regresó a Washington en diciembre, se encontró con un nuevo pleito, planeado y organizado por el hombre de confianza del Presidente, el formidable Jeremiah S. Black[47]. Esta petición buscaba reivindicar los derechos concretos de una persona real, William McCardle, cuyos ataques editoriales contra la Reconstrucción en Misisipi habían llevado a su arresto militar bajo la Ley de la Reconstrucción[48]. Al llevar los problemas de McCardle ante el

[46] *Congressional Globe*, 40º Congress, 2nd Sess., 1868, p. 1638-1642.
[47] El papel de coordinador de Black en el litigio lo describe Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., pp. 371, 386, 433-440, 449-459, 467-476, 478, 492. Su papel en la redacción de las comunicaciones de veto del Presidente se describe en y L. Cox y J. Cox, «Andrew Johnson and His Ghost Writers», cit., p. 468.
[48] La Sección 3 de la *First Reconstruction Act* estipulaba que era obligación de los Comandantes de Distrito «castigar […] a todos los perturbadores de la paz pública y a todos los delincuentes». McCardle afrontaba cuatro cargos separados por perturbar la paz mediante la publicación de ataques difamatorios a la Reconstrucción.

Tribunal, Black y sus consejeros legales lanzaron un ataque radical contra la autoridad del Congreso para desplazar a los gobiernos johnsonianos[49], a menudo repitiendo los mismos argumentos que Black había desarrollado cuando trabajaba con el Presidente en las comunicaciones de veto[50]. Aunque la situación concreta de McCardle obtenía la atención del Tribunal, el pleito era parte de la estrategia general del Presidente.

En respuesta a esta amenaza emergente, el senador republicano Lyman Trumbull trató de persuadir al Tribunal de que no tenía jurisdicción sobre el caso McCardle. Como presidente del Comité Judicial del Senado, Trumbull tenía derecho a que le tomasen en consideración; al fin y al cabo su comité había aprobado la relevante ley jurisdiccional solo un año antes. Sin embargo, el 17 de febrero el Tribunal rechazó unánimemente sus argumentos.

Este hecho dio al caso un tratamiento acelerado. El período de espera normal era de unos dos años[51], pero el Tribunal reservó toda la semana del 2 de marzo solo para este caso, dejando a cada parte seis horas para exponer oralmente su postura. (Esto era el triple de lo normal). Durante esta misma semana, la Cámara de Representantes presentaba formalmente su proyecto de ley de *impeachment* al Senado. La lucha entre poderes estaba alcanzando su clímax.

Considérese el delicado equilibrio existente. El Presidente tenía una fuerte base legal para su segundo intento de destituir a Stanton. Como hemos visto, la Ley de Ocupación de Cargos ofrecía una protección escasa a un funcionario del gabinete en la posición de Stanton; el propio acto,

---

[49] Aunque McCardle fue arrestado exclusivamente por sus duros ataques periodísticos a la Reconstrucción, la instrucción menciona la Primera Enmienda solo de paso. Black y sus asociados podían haber argumentado que la *Reconstruction Act* no autorizaba, de hecho, la acción militar emprendida contra McCardle. Pero, como apunta Friedman, la instrucción «reconocía ansiosamente» este punto en la página dos, Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., p. 457. Los abogados estuvieron más acertados al tratar el hecho de que el Congreso había dado jurisdicción sobre McCardle a una comisión militar en tiempo de paz, privándole de un juicio con jurado en un tribunal federal e incluso del *habeas corpus*. Dado que el Tribunal, durante su anterior mandato, había protegido elocuentemente los juicios con jurado en *ex parte Milligan*, Black argumentó que *Milligan* debería ampliarse a casos, como el de McCardle, surgidos en estados rebeldes como Misisipi. Incluso este argumento era secundario respecto al ataque más general que se describe en el texto.

[50] Tanto las comunicaciones de veto de Johnson como la instrucción legal en *McCardle* (1) empiezan con un ataque a la validez del preámbulo de la *First Reconstruction Act*; (2) afirman que la cláusula de la forma republicana de gobierno prohibía los intentos federales para reconstruir el Sur; (3) especifican las garantías de la *Bill of Rights* como prueba secundaria de ilegalidad del Congreso, haciendo más hincapié en los derechos de presentación ante un gran jurado y del juicio con jurado que en otros derechos, por ejemplo, la libertad de expresión y de prensa; y (4) argumentan que *ex parte Milligan* invalida los juicios militares ejemplificados por el caso McCardle.

[51] Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., pp. 450-451.

además, era de dudosa constitucionalidad[52]. Pero considerando el asunto de manera no convencional, el Congreso tenía las de ganar. Fuera como fuere la legalidad estricta, Stanton estaba en posesión del Departamento de Guerra, desacatando la autoridad presidencial detrás de las barricadas en nombre de la Convención/Congreso. Johnson no podía cambiar esta situación sin intentar una microinvasión militar. Con el Senado preparado para un juicio por *impeachment*, Johnson estaría jugando con fuego si un grupo de matones militares asaltaba las barricadas para desalojar a Stanton[53].

Pero la intervención judicial podía alterar el equilibrio una vez más. Armado con un dictamen del Tribunal, Johnson podía renovar su demanda de destitución de Stanton. También podía ordenar a sus comandantes de distrito conservadores que dejasen de imponer unas acciones que el Tribunal ya había declarado nulas. Y él mismo podía presentarse ante el Senado como un heroico defensor de la legalidad, y no como el perpetrador de «graves delitos». Si un Senado de norteños votaba declararlo culpable, ¿aceptaría una decisión tan ostensiblemente inconstitucional?[54].

Solo las más drásticas medidas bastarían para atajar un contraataque tan devastador. El 12 de marzo los Republicanos aprobaron una ley retirando el caso McCardle de la jurisdicción del Tribunal, aunque los magistrados ya habían escuchado los argumentos. Una tal acción serviría normalmente como una confesión devastadora por parte del Congreso de la inconstitucionalidad de la Reconstrucción, pero, como estos capítulos han mostrado, el carácter no convencional de la autoridad del Congreso no era ya un secreto para el pueblo estadounidense en marzo de 1868. El asalto republicano al Tribunal dramatizó una obviedad: el «Congreso» no basaba su legitimidad en el documento de la Fundación, sino en un mandato contemporáneo de Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos*, para insistir en la Reconstrucción y en la Decimocuarta Enmienda.

---

[52] Véase la nota 25 supra.

[53] Por cierto, el Senado ya había condenado como ilegal el desafío del Presidente a la *Tenure of Offices Act* [Ley de Ocupación de Cargos]. U.S. Senate, 16 *Executive Journal* 171, 21 de febrero de 1868.

[54] La advertencia del Presidente en su último Mensaje Anual no presagiaba nada bueno: «Hasta dónde el deber que tiene el Presidente de "preservar, proteger y defender la Constitución" le obliga a oponerse a un acto inconstitucional del Congreso, es una cuestión muy seria e importante, sobre la que he deliberado mucho y por la que estoy ansioso de llegar a una conclusión. Cuando una ley ha sido aprobada de acuerdo con las formas de la Constitución […] la resistencia ejecutiva a la misma […] produciría muy probablemente una violenta colisión entre los respectivos partidarios de las dos ramas del Gobierno. Esto sería una guerra civil; y una guerra civil ha de ser el último recurso para remediar los peores males. […] Las denominadas *Reconstruction Acts*, aunque son tan inconstitucionales como la que más, no se consideraba que formasen parte de la clase de males recién mencionada», véase J. Richardson (ed.), *Messages and Papers of the President*, cit., pp. 568-569.

Pero ¿entraría la aceptación por el Senado de un proyecto de ley de *impeachment* en «la clase de males recién mencionada»?

Pero ¿se batiría en retirada el Tribunal ante esta afirmación no convencional de autoridad? La Constitución le daba al Presidente diez días laborables para considerar un veto; y al Congreso le llevaría un día o dos invalidarlo. Esto le daba al Tribunal dos semanas para ganar por la mano al Congreso anunciando su decisión final[55]. Según el presidente del Tribunal, el juez Chase, si «los méritos del caso McCardle habían sido decididos, el Tribunal habría sin duda sostenido que su encarcelamiento por un juicio ante una comisión militar era ilegal»[56]. Si había muchos jueces dispuestos a ir más allá de la cuestión de los juicios militares y declarar inconstitucional todo el proceso de la Reconstrucción, no está tan claro. Al menos cuatro de los ocho magistrados del Tribunal Supremo parecían dispuestos a hacerlo; la posibilidad de un quinto voto no está tan clara[57]. Aunque solo cuatro de los magistrados hubiesen firmado un dictamen amplio y los otros cuatro hubiesen votado por abordar a McCardle el resultado habría sido devastador.

El problema decisivo para los magistrados no eran los méritos sino la cuestión de la autopreservación institucional: ¿valía la pena la resistencia continuada ante el riesgo de que los Republicanos contraatacasen infligiendo daños aún más graves a la independencia institucional del Tribunal?

Por un voto de seis contra dos los magistrados se replegaron. Dada la postura procedimental del caso, la mayoría negoció su «cambio a tiempo» no haciendo nada y permitiendo que entrase en vigor la ley de vaciado jurisdiccional. Pero los jueces Robert Grier y Stephen Field dejaron muy claro lo que estaba en juego con su postura discrepante, que el Tribunal no publicó por alguna razón en sus Informes oficiales[58].

> Protesta del Juez Grier:
>
> Este caso fue completamente argumentado a comienzos de este mes. Es un caso que tiene que ver no solo con la libertad y los derechos del apelante, sino con los de millones de nuestros conciudadanos. El país y los partidos tienen derecho a esperar que reciba la inmediata y solemne atención de este tribunal. Con el aplazamiento del caso nos someteremos, justa o injustamente, a la imputación de haber eludido el cumplimiento de un deber que nos impone la Constitución, y esperaremos que la legislación se interponga para sustituir nuestra acción y

[55] Véase, por ejemplo, *Congressional Globe*, 40º Congress, 2nd Sess., 1868, p. 2062 (declaración del congresista Wilson).

[56] Citado en Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., p. 494; Stanley Kutler, *Judicial Power and Reconstruction Politics*, Chicago, Chicago University Press, 1968, p. 112.

[57] Stanley Kutler afirma que la muerte del juez James Wayne el verano de 1867, dejó la cosa en un empate cuatro a cuatro. Véase *ibid.*, pp. 99-100. Charles Fairman no está tan seguro, véase Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., p. 584 y también p. 494.

[58] La protesta está publicada en *ibid.*, pp. 473-474.

> eximirnos de nuestra responsabilidad. No estoy dispuesto a ser partícipe de los elogios o del oprobio que se pueden derivar de ello, y solo puedo decir:
>
> *Pudet haec opprobrium nobis*
> *et dici potuisse;*
> *et non potuisse*
> *repelli*
>
> [*Trad.* Estoy avergonzado de que este oprobio haya sido lanzado contra el tribunal, y que no pueda ser refutado, Ovidio, *Metamorfosis*, libro 1, líneas 758-759]
>
> R. C. Grier
>
> Soy de la misma opinión que mi colega Grier y me uno a su protesta.
>
> Field, J.

Pero la mayoría de los magistrados estaban más impresionados por las amenazas no convencionales del Congreso que de la acusación de cobardía de sus colegas. En cuanto el proyecto de vaciado de la jurisdicción se convirtió en ley por encima del veto del Presidente el 27 de marzo, los abogados de McCardle instaron a los magistrados a dar un tratamiento acelerado sin precedentes a su desafío constitucional a esta ley. Pero el Tribunal se negó[59], postergando el asunto a su reunión de diciembre[60]. En ese momento, los resultados de las elecciones proyectarían una luz diferente sobre la disputa.

El juicio de *impeachment*

La retirada del Tribunal dejó al Presidente en una situación muy expuesta. Solo tres meses antes estaba al borde del triunfo, con Grant en el Departamento de Guerra, y el mando militar purgado de activistas Republicanos. Pero después de la contraofensiva de la Convención/Congreso, el Presidente se vio confrontado a un Stanton hostil en el Departamento de Guerra, un alejado Grant como Comandante General, y un Senado dispuesto a considerar la cuestión de los «crímenes y delitos» sin la instrucción del Tribunal Supremo sobre el estatus de la Reconstrucción.

Cuando empezó el juicio de *impeachment* el 30 de marzo, Johnson se quedó con unas opciones poco atractivas. Todavía podía perturbar el desarrollo de la Reconstrucción afirmando su poder, como comandante en jefe, de dar órdenes a los mandos de Stanton y Grant. Pero ¿le obedecerían sus comandantes?

---

[59] *Ibid.*, pp. 474-476.
[60] Véase *ibid.*, p. 478.

Las continuas provocaciones presidenciales tendrían un impacto desastroso en el Senado. Es cierto que el Presidente tenía fuertes razones legales en contra de la Ley de Ocupación de Cargos. Pero tal como formuló su argumentación el 30 de marzo el miembro de la Cámara de Representantes Ben Butler, uno de los gestores del *impeachment*: «No estáis obligados por ninguna ley o norma que pueda limitar vuestras prerrogativas constitucionales. No consultáis precedente alguno, salvo los de la ley y las costumbres de los cuerpos parlamentarios. Sois una ley en vosotros mismos, vinculados solo por los principios de la justicia y la equidad, y esta *salus populi suprema est lex*»[61]. Según su punto de vista, era suficiente destituir al Presidente por los «crímenes y delitos» cometidos si los senadores concluían que la estrategia de Johnson en el Sur era «*subversiva respecto de algún principio de gobierno esencial o fundamental, o altamente perjudicial para el interés público*»[62]. Los abogados del Presidente adoptaron el punto de vista contrario: el Senado era un tribunal, y podía destituir al Presidente solo si este había cometido una acción criminal[63].

Mientras el Senado vacilaba inseguro entre caracterizaciones rivales[64], el reloj constitucional seguía avanzando. Aunque Johnson guardase la compostura, no se sabía si los Republicanos recurrirían de nuevo a los votantes

---

[61] *Congressional Globe*, 40º Congress, 2nd Sess., 1868, p. 30.

[62] *Ibid*., p. 29.

[63] De hecho, uno de los abogados del Presidente afirmó que Johnson solo podía ser destituido si cometía crímenes o delitos *definidos cuando se propuso la Constitución en 1787,* protegiendo de este modo a su cliente de cualesquiera quejas relativas a la *Tenure Offices Act*. Véase M. Benedict, *The Impeachment and Trial of Andrew Johnson*, cit., pp. 145-146.

[64] El Senado empezó su lucha sobre la autodefinición considerando las normas propuestas por un comité especial para regular los procedimientos del *impeachment*. Estos afirmaban explícitamente que el Senado «se convertiría de hecho en un alto tribunal de impugnación», que postergaría formalmente sus sesiones mientras los senadores negociasen asuntos legislativos. Tras dos días de un debate confuso pero apasionado, el Senado eliminó la expresión «alto tribunal de impugnación» todas las veces que aparecía en sus normas, *ibid*., pp. 115-116.

Esta votación no concluyó con el asunto. Casi inmediatamente, el Senado lo abordó de nuevo al definir el papel del juez Chase que, de acuerdo con la Constitución, iba a «presidir». Al votar a favor de la eliminación de todas las referencias a un «alto tribunal de impugnación» específico, la mayoría republicana intentó privar a Chase de un voto que le correspondería como miembro de dicho «tribunal». También rechazó la propuesta de su comité de autorizar al juez Chase a emitir un fallo preliminar en todas las cuestiones legales relevantes para el caso, siendo su opinión que se sostuviera la sentencia del «tribunal» a menos que fuera invalidada por un voto mayoritario. El senador Charles Drake propuso eliminar esta norma, alegando que «no es apropiado que el juicio del Senado sobre cuestiones legales […] sea deformado y se vea afectado en forma alguna por el anuncio previo de un dictamen sobre esa cuestión emitido por un funcionario judicial de un rango tan elevado como el presidente del Tribunal Supremo».
En respuesta a ello, el senador Jacob Howard propuso una fórmula sustitutoria ambigua, que meramente afirmaba que el presidente del Tribunal Supremo «podía en primera instancia someter al Senado, sin una división, todas las cuestiones de prueba y las cuestiones incidentales», *ibid*., p. 116. Drake aceptó esta solución alternativa, que fue adoptado por la mayoría en sus reglas finales: el presidente del Tribunal Supremo estaba en camino de convertirse en una figura ceremonial decorativa sin poder alguno para afectar a las cuestiones de procedimiento y prueba, y mucho menos el resultado final.

en otoño con la Decimocuarta Enmienda asentada y gobiernos blancos y negros sobre el terreno. Pero si el comandante en jefe hacía otro intento de perturbar el desarrollo de la Reconstrucción, el caos resultante en el Departamento de Guerra y entre los mandos del Sur podría fácilmente condenar al fracaso la carrera contra el reloj de los Republicanos[65].

Esto significaba que sería en gran parte el Presidente quien determinaría si el Senado consideraría el proceso de *impeachment* como una investigación política o como un juicio legalista. Si iniciaba otra ronda de resistencia, los Republicanos del Senado se acogerían indudablemente al punto de vista de Butler y sustituirían a Johnson por el radical Benjamin Wade. Si Johnson permitía que la Reconstrucción procediese hasta la triunfante ratificación de la Decimocuarta Enmienda, tenía una mínima probabilidad de sostener la caracterización legalista del *impeachment* y de acabar su mandato en la Casa Blanca. ¿Qué es lo que haría: luchar o cambiar?

Este no es el punto de vista que adoptó Chase cuando llegó al Senado para empezar a dirigir el juicio. Chase anunció inmediatamente que, ya que las reglas solo decían que él «podía» someter cuestiones preliminares al Senado, no estaba obligado a hacerlo. Cuando el senador Drake recurrió esta decisión, Chase le llamó al orden. Insistiendo una vez más en la analogía judicial, Chase declaró que solamente los gestores de la Cámara de Representantes [*House Managers*] (por la acusación) o los abogados del Presidente (por la defensa) podían objetar su resolución; un simple senador como Drake no podía hacerlo. Cuando los gestores de la Cámara presentaron objeciones a su intento de judicialización, la problemática de la legalidad tomó otro cariz. El senador Wilson propuso que el Senado se retirase para evacuar consultas sobre la cuestión crítica planteada por la objeción de los gestores. Cuando el Senado se dividió al cincuenta por 100 (veinticinco votos a veinticinco) sobre esta moción, Chase anunció inmediatamente que rompería el empate votando afirmativamente, lo que suponía que, pese al anterior rechazo del Senado de ser considerado como un «alto tribunal de impugnación», estaba presidiendo un Tribunal del que él era también un miembro de pleno derecho.

Durante la subsiguiente consulta senatorial, Charles Sumner se dirigió al Senado para declarar que «el presidente del Tribunal Supremo no es un miembro del Senado y no tiene autoridad, según la Constitución, para votar ninguna cuestión durante el juicio; solo puede dictaminar una decisión como órgano del Senado, con su asentimiento», *ibid.*, p. 121. Pero el Senado rechazó esta moción por veintidós votos contra veintiséis y aceptó una resolución declarando que la decisión del presidente de la mesa dependía del Senado a menos que un senador solicitase un voto formal. Al día siguiente, el Senado se negó a declarar que Chase hubiera actuado más allá de lo que le permitía su autoridad emitiendo un voto de desempate. Naturalmente, estos votos no constituían un respaldo senatorial *explícito* del punto de vista, avanzado anteriormente por los redactores de las reglas propuestas, según el cual se había convertido en un «alto tribunal de *impeachment*», cuya autoridad era exclusivamente de tipo judicial. Si bien el Senado, de momento, había aceptado la definición de la situación hecha por el presidente del Tribunal Supremo, era imposible decir si la postura limitada de Chase en el liderazgo procedimental seguiría contando con su apoyo. Al fin y al cabo, la moción del senador había perdido por solo cuatro votos; y la historia reciente había demostrado con creces la capacidad del Congreso para cambiar de opinión. El juicio se abrió en unas condiciones que dramatizaban la problemática combinación de elementos legalistas y no convencionales implícitos en la afirmación del Senado de autoridad constitucional. Véase *ibid.*, pp. 115-123.

[65] Entre mediados de marzo y comienzos de mayo, seis estados sureños celebraron la segunda y crucial ronda de elecciones. Véase Martin Mantell, *The Elections of 1868*, 1969, p. 144 (Tesis Doctoral, Columbia University, 1969). Solo Alabama había votado antes. Tres estados –Misisipi, Texas y Virginia– iban rezagados.

El Presidente decidió retirarse. No solo abandonó todo acto de resistencia[66], sino que hizo gestos más afirmativos a medida que se acercaba el voto del Senado del 16 de mayo de 1868. El 24 de abril Johnson decidió nombrar como secretario de Guerra a John Schofield, que aceptó el nombramiento con la condición de que el Presidente no llevara a cabo nuevos intentos de interferir en la Reconstrucción[67]. A primeros de mayo tuvo que hacer frente a una nueva prueba cuando recibió las primeras nuevas constituciones aprobadas por los votantes de dos estados, Arkansas y Carolina del Sur, que habían cumplido las órdenes del Congreso. Contra el consejo de los ministros más intransigentes del Gabinete, Johnson mostró su buena voluntad remitiendo las nuevas constituciones al Congreso el 5 de mayo. En reuniones privadas, Johnson aseguró a los moderados que si era absuelto no haría nada para violar la ley o la Constitución[68]. El impacto global del cambio a tiempo del Presidente lo describe muy bien Michael Benedict:

> Quizá aún más importante que las garantías dadas por el Presidente a los Republicanos conservadores era el cese de sus interferencias en el progreso del *impeachment*. Al explicar «¿Qué sucedió durante el juicio por *impeachment*?», el *Chicago Tribune* escribió simplemente: «Andrew Johnson es un hombre distinto. El país está en paz. La gran obstrucción a la ley ha prácticamente desaparecido; el Presidente ha guardado la compostura». La nueva docilidad del Presidente permitió a los Republicanos recuperar parte de sus pérdidas en el Sur. En seis de los estados no reconstruidos [el número necesario para la ratificación de la Decimocuarta Enmienda], los Republicanos pudieron conseguir la ratificación de las *Reconstruction Acts*, aunque por unos márgenes estrechos. […] Cuando los senadores votaron el *impeachment*, era evidente que solo Virginia, Misisipi y Texas estarían aún por restaurar y serían propensos a la interferencia presidencial. Es notable lo rápidamente que se desvaneció la sensación de crisis que había embargado a la capital unos meses antes.
>
> En gran medida, por consiguiente, el *impeachment* había conseguido su objetivo primordial: salvaguardar la Reconstrucción de la obstrucción presidencial[69].

---

[66] Los archivos de la Biblioteca del Congreso contienen una orden de Johnson a Grant dándole la instrucción de dirigir todos los comunicados del Departamento de Guerra a Thomas y no a Stanton. La orden está fechada el 10 de marzo, pero nunca llegó a ser enviada. Véase M. Mantell, *The Elections of 1868*, cit., p. 136.

[67] James McDonough y William Alderson, «Republican Politics and the Impeachment of Andrew Johnson», *Tennesse Historical Quarterly*, vol. 26, 1967, p. 177.

[68] Sullivan Cox, *Union–Disunion–Reunion: Three Decades of Federal Legislation, 1855 to 1885*, Providence (RI), J. A. and R. A. Reid Publishers, 1885, pp. 592-594. El 14 de mayo, John Henderson aseguró a los representantes republicanos que Johnson tenía intención de hacer cumplir las *Reconstruction Acts* e incluso de cambiar su gabinete para dar el control a los Republicanos, *House Report* núm. 75, 40th Cong., 2nd Sess, p. 18.

[69] M. Benedict, *The Impeachment and Trial of Andrew Johnson*, cit., pp. 138-139.

El cambio del Presidente también tuvo un efecto predecible en la interpretación que hacía el Senado del proceso del *impeachment*. Suavizó la intensa presión que se había hecho sobre los Republicanos moderados para que abandonasen su interpretación legalista del *impeachment* como un juicio cuasi criminal. La importancia de este punto se desprende de la fascinante serie de dictámenes emitidos por diversos senadores después de la absolución del Presidente. Esta idea de emitir dictámenes cuasi judiciales fue elocuentemente denunciada por radicales como Charles Sumner[70]. Pero a los Republicanos moderados[71] los dictámenes les proporcionaron una magnífica oportunidad de desviar las críticas partidistas. En palabras de Lyman Trumbull:

> La cuestión a decidir no es si Andrew Johnson es la persona adecuada para ocupar el cargo de Presidente, ni si es apropiado que permanezca en el mismo o, de hecho, si ha violado la Constitución y las leyes en otros sentidos diferentes de los que se alegan contra él [en la moción del *impeachment*] […]
>
> Por muy inapropiado como Presidente que la gente considere a Andrew Johnson, y por mucho que deseen su destitución de una forma legal y constitucional, todos salvo los más depravados y carentes de escrúpulos marcarían con la infamia y el desdén el nombre de cualquier senador que violase el juramento de cumplir con su deber para llegar a este resultado[72].

El senador Trumbull no había respondido siempre a la crisis con unos legalismos tan categóricos. En fecha tan reciente como el mes de marzo de aquel mismo año había tenido un papel destacado en vaciar de jurisdicción al Tribunal Supremo en el caso McCardle. Pero en aquel momento el Tribunal estaba amenazando la existencia misma del proyecto constitucional de los Republicanos; ahora que el Presidente había dado un paso atrás, Trumbull estaba más que dispuesto a legalizar una situación no convencional. Dado que Johnson había sido absuelto por un solo voto en el Senado, es evidente que el cambio a tiempo de Johnson había salvado a la Presidencia de un precedente muy perjudicial.

---

[70] Para el dictamen de Charles Sumner véase F. J. Rives y George Bailey (eds.), US Congress, Senate, *Proceedings of the Senate Sitting for the Trial of Andrew Johnson*, Washington DC, 1868, pp. 958-967.

[71] De los siete senadores republicanos que votaron la absolución, cinco emitieron dictámenes particulares: Fessenden (*ibid*., p. 936), Grimes (p. 870), Henderson (p. 1065), Trumbull (p. 863) y Van Winkle (p. 893). De modo nada sorprendente, los moderados contribuyeron con una mayor proporción de dictámenes (cinco sobre siete) que los otros senadores, de los cuales menos de la mitad se tomaron el tiempo y el esfuerzo necesarios para redactarlos (veintidós sobre cuarenta y siete posibles, para ser exactos).

[72] *Ibid*., p. 863.

Y no es que la Presidencia surgiese inmediatamente de las llamas del *impeachment* con todo el esplendor de un ave Fénix. El emergente régimen republicano de política ordinaria, para decirlo con las palabras de Woodrow Wilson, sería un gobierno del Congreso. Solo a partir de la década de 1930 la Presidencia rivalizaría con el Congreso en el esquema estadounidense. Sin embargo, ni siquiera en sus momentos más bajos, tuvieron que luchar los presidentes con el fantasma de un Andrew Johnson declarado culpable y obligado (¿por una demostración de fuerza?) a dejar la Casa Blanca por el «delito» de oponerse al Congreso.

La batalla por la ratificación continúa

Con el Tribunal y el Presidente en retirada, el Ejército de la Unión procedió a supervisar una serie de elecciones en el Sur[73]. En primavera, los Republicanos salieron victoriosos de las urnas en seis estados del Sur y perdieron solamente en Misisipi[74].

Alabama planteó un problema más complicado[75]. Su ciudadanía reconstituida fue la primera en votar una constitución interracial, con 72.000 votos a favor y 1.000 en contra. Pero este margen no satisfizo las exigencias de la Segunda Ley de la Reconstrucción, que requería la participación de al menos la mitad de los votantes registrados. Alabama no llegó a este umbral por unos 10.000 votos[76]. Esta noticia había generado tanta inquietud en marzo que los Republicanos aprobaron una Cuarta Ley de la Reconstrucción que anulaba este requisito[77]. Con las nuevas reglas, ya no importaba tanto que muchos sureños boicoteasen las elecciones; en la medida en que los Republicanos conseguían la mayoría de votos que hacían frente al boicot, la cuarta Ley se mostraba satisfecha con la legitimidad de la nueva constitución. Dado que los Republicanos consiguieron que se aprobase su proyecto de ley a tiempo para que estuviese en vigor en las siguientes elecciones, la Cuarta Ley no tuvo que cambiar las normas retroactivamente. En cambio, los redactores del proyecto de ley daban por

[73] Aunque Johnson no hizo nada para debilitar este proceso sobre el terreno, continuó negando su legalidad de una forma más simbólica. Por ejemplo, cuando la Ley del Colegio Electoral calificó a los nuevos gobiernos del Sur de «ilegítimos y sin validez», y en conexión con las ratificaciones de la Decimocuarta Enmienda, se refirió a las resoluciones como actos «supuestamente» legislativos, y a la firma que las certificaba como «la de un hombre que se autocalifica de gobernador», J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 7, pp. 653, 656-670.

[74] Véase Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., pp. 106-107 (cuadro).

[75] Virginia y Texas todavía no han votado las nuevas constituciones. Véase *ibid*. (cuadro).

[76] Véase p. 221, *infra*.

[77] Sec. 1, 15 *Stat*., 1868, p. 41.

supuesto que el boicot de los residentes blancos de Alabama había derrotado a la Reconstrucción.

En junio, esta suposición adquirió una importancia estratégica. Pese a las seis recientes victorias en el Sur, los acontecimientos en el Norte amenazaban con desbaratar los esfuerzos en pro de la ratificación. Mientras se reunían las asambleas legislativas del Norte en 1868 los Republicanos estaban pagando las consecuencias de su derrota en las elecciones de 1867. Nueva Jersey y Ohio ya habían retirado sus tempranas ratificaciones de la Decimocuarta Enmienda. Recientes elecciones en Oregón amenazaban con otra defección legislativa. En respuesta a ello, los líderes del Congreso se movieron agresivamente para reconocer la legitimidad constitucional de los siete gobiernos del Sur, incluido Alabama, y de ese modo poner la Decimocuarta Enmienda por delante.

Uno de estos estados –Arkansas– ya había ratificado la Enmienda, y sus representantes fueron inmediatamente admitidos en el Congreso el 22 de junio[78]. Por lo que respecta a los otros, el Congreso adoptó un rumbo menos convencional. Su ley del 25 de junio proclamaba que los seis estados (incluido Alabama) habían «elaborado constituciones de gobierno estatal republicanas» y «estarán autorizados a enviar sus representantes al Congreso, que serán admitidos cuando la asamblea legislativa de dicho estado haya ratificado debidamente la enmienda a la Constitución […] conocida como artículo 14[79]». Hablando en nombre del Comité Conjunto sobre la Reconstrucción, el congresista Bingham explicó por qué se oponía a todos los intentos de enmendar la ley para eliminar a Alabama y a otros estados cuyas constituciones parecían defectuosas a algunos de sus colegas[80]. Citando la reciente derrota republicana en Oregón, Bingham llamó a la acción «por encima de todo –y es por eso que llamo la atención de la Cámara de Representantes y de este país– porque de la administración de estos seis estados, de la condición expresa nombrada en el proyecto de ley, puede que dependa la ratificación final y la incorporación en la Constitución de la República del artículo decimocuarto de la enmienda»[81].

---

[78] 15 *Stat.*, 1868, p. 72.

[79] Los estados, además, tenían prohibido enmendar la garantía de sufragio para los negros en sus constituciones. En Georgia se impusieron también condiciones especiales, 15 *Stat.*, 1868, p. 73.

[80] La constitución de Florida se consideraba particularmente defectuosa. La franca confesión de Bingham se produjo en conexión con el debate sobre este estado, una vez concluido el debate sobre Alabama. Georgia también era un problema; de hecho, sus representantes fueron más tarde expulsados del Congreso cuando los legisladores negros de ese estado fueron desalojados por sus colegas blancos.

[81] *Congressional Globe*, 40º Congress, 2nd Sess., 1868, p. 3094. Cuando la confesión de Bingham provocó las enérgicas protestas de la oposición, el congresista se mantuvo firme: «He dicho que de la admisión del sexto estado puede depender la ratificación de esta enmienda […]», *ibid.*, p. 3095.

Esta sincera confesión acentúa la patente negativa de la Convención/Congreso a respetar la estructura del Artículo Cinco federalista. Dado que la ley del 25 de junio proclamaba explícitamente que los seis estados del Sur eran gobiernos plenamente republicanos, ya no había *ninguna* base textual para prohibir a sus representantes en la Cámara Baja y en el Senado. Y sin embargo esto es *precisamente* lo que estaba haciendo la Convención/Congreso condicionando la admisión al acto de ratificación de la Decimocuarta Enmienda. Así es como expresaba este punto el presidente Johnson en su veto:

> […] Este proyecto de ley sustituye el modo simple y claro prescrito por la Constitución para la admisión en los escaños de las respectivas Cámaras a los senadores y representantes de los diversos estados. Asume la autoridad sobre seis estados de la Unión que nunca ha sido delegada al Congreso, o es incluso justificada por una legislación no constitucional anterior sobre el tema de la restauración. […] En el caso de Alabama viola la promesa del Congreso imponiendo a este estado una constitución que fue rechazada por el pueblo, de acuerdo con los términos expresos de una ley del Congreso que requiere que una mayoría de los electores registrados vote la cuestión de la ratificación[82].

Reconozcamos, con Bingham, que la suerte de la Decimocuarta Enmienda pendía de un hilo. Pero en la medida en que las normas operativas que regían las enmiendas constitucionales estaban enraizadas en el texto federalista, esto difícilmente justificaba la invalidación por el Congreso del veto del Presidente.

Desde una perspectiva textualista, la razón misma de una constitución escrita es proporcionar un sostén en tiempos de crisis. Si el Artículo Cinco significa algo, es que da a cada estado el derecho a votar tanto sí como no cualquier propuesta procedente de Washington DC. Si el Congreso, en su desesperado intento de imponer la Decimocuarta Enmienda, contravenía abiertamente este principio fundamental, ¡tanto peor para la Decimocuarta Enmienda!

Esta exclamación nos devuelve a mi tesis central: la inquietud provocada por la invalidación del Congreso se basa en un error fundamental del método legal. Los juristas modernos se equivocan al suponer que la validez de la Decimocuarta Enmienda viene determinada por una aplicación de principio del texto establecido por los Federalistas. Han de seguir en cambio el método del derecho común y considerar tanto a la Fundación como a la Reconstrucción como precedentes iguales en importancia en una tradición cambiante de producción normativa de carácter superior.

---

[82] Comunicación de veto del 25 de junio de 1868, en J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 6, pp. 650, 651.

Desde este punto de vista existen analogías sorprendentes entre la decisión de la Convención/Congreso de procesar al presidente Johnson y las decisiones tomadas durante la Fundación. En particular, la comunicación de veto del presidente Johnson se parece a la protesta pública del gobernador Collins de Rhode Island cuando la Convención de Filadelfia hizo caso omiso de una interpretación de principio de los Artículos de Confederación. Las sinceras advertencias de Bingham son análogas a las que en su momento hicieron James Wilson y James Madison contra un textualismo infundado que amenazaba con destruir la empresa federalista de política constitucional[83]. En vez de disimular estas afirmaciones de autoridad no convencional, he tratado de situarlas en el seno de una dinámica siempre en desarrollo de adaptación institucional que permitió a Federalistas y Republicanos –cada uno en su propio tiempo y lugar– ganar credibilidad para su afirmación de que hablaban en nombre de Nosotros, el Pueblo de unos Estados cada vez más *Unidos*.

Llegados hasta aquí, podemos ahora pasar a otro episodio que cuestiona las interpretaciones hipertextualistas.

La resistencia final de Seward

Un mes más tarde, los seis estados del Sur habían acatado la demanda del Congreso para la ratificación, y correspondía al secretario de Estado dar un sentido legal a las consecuencias. En su proclamación del 20 de julio, Seward reaccionó con consternación a las noticias que había recibido de «organismos políticos recién constituidos y establecidos, *que evitan ser y actuar como* las asambleas legislativas, respectivamente, de los estados de Arkansas, Florida, Carolina del Norte, Luisiana, Carolina del Sur y Alabama»[84]. Tras rebajar públicamente estas nuevas creaciones del Congreso, su proclamación mostraba un notable menosprecio por la validez de la Enmienda. Seward no dio el paso provocador de proclamar explícitamente que los asentimientos de los seis estados del Sur eran nulos y carentes de validez. Señaló un defecto que los Republicanos encontraron más embarazoso: las decisiones de las asambleas legislativas recién elegidas de Nueva Jersey y Ohio de revocar sus ratificaciones previas. Retorciéndose las manos con fingida preocupación, el Secretario concedió a la enmienda una validez solamente condicional «si las resoluciones de Ohio y Nueva Jersey […] siguen en pleno vigor»[85]. En general, fue una actuación muy hábil: las ratificaciones sureñas fueron públicamente impugnadas, pero

[83] Véase el capítulo 2.
[84] Proclamación núm. 11, 15 *Stat.*, 1868, pp. 706, 707 (el subrayado es mío).
[85] *Ibid.*, p. 707.

eran las del Norte las que Seward identificaba como perjudiciales para la aspiración de la enmienda al estatus de norma superior.

Pero la Convención/Congreso no estaba de humor para sutilezas forenses. Al día siguiente de la proclamación de Seward, las dos Cámaras aprobaron una resolución concurrente «declarando la ratificación de la Decimocuarta Enmienda» sobre la base del asentimiento de todos los estados –tanto los del Norte como los del Sur– que ya la habían ratificado. Como tantas otras cosas en esta historia, el intento de la Convención/Congreso de resolver esta cuestión de la validez carecía totalmente de precedentes. Anteriormente, siempre se había dejado que estas decisiones las resolviera el secretario de Estado publicando la proclamación apropiada.

Esto significaba que la dinámica institucional regresaría al ejecutivo: ¿respondería el secretario Seward a la agresiva resolución del Congreso con un contraataque en el que denunciase la validez de la Decimocuarta Enmienda? ¿O llevaría a cabo una retirada estratégica?

La respuesta, una vez más, fue un cambio a tiempo. La proclamación de Seward del 28 de julio ya no afirmaba su autoridad independiente para examinar los méritos del proceso de ratificación. Tras citar en su totalidad la resolución del Congreso, la consideraba como si excluyese cualquier posible duda: «en ejecución […] de la anteriormente mencionada resolución concurrente del 21 de julio de 1868, y de conformidad con ella, […] declaro por la presente que la citada propuesta de enmienda ha sido adoptada»[86].

Aunque esta historia de dos proclamaciones puede solo incomodar al hipertextualista, podemos ahora verla bajo una luz diferente. No es una anomalía embarazosa, sino un reflejo superficial, en los documentos oficiales, de la transformación estructural que había tenido lugar. Una y otra vez, los Republicanos de la Reconstrucción habían sido obligados a desafiar el monopolio sobre el proceso de ratificación que los Federalistas habían concedido a los estados. Una y otra vez, habían ganado su combate adaptando la separación federal de poderes a nuevos objetivos de producción normativa de carácter superior. ¿No es, pues, apropiado que el último acto de la ratificación comportase decisiones tomadas a nivel federal y no estatal?

Consolidación: las elecciones de 1868

Pero si bien el Secretario cedió terreno, no estaba en absoluto claro si su retirada era permanente o meramente estratégica. Julio era también el mes en el que la Convención Nacional Demócrata estaba organizando su carrera

[86] 15 *Stat.*, 1868, p. 710. Véase también el capítulo 4, nota 35.

electoral. Su programa marcó el tono, dando a Andrew Johnson «las gracias por su esfuerzo patriótico» de «resistir las agresiones del Congreso sobre los derechos constitucionales de los estados y del pueblo»[87]. Las declaraciones del candidato Demócrata a la vicepresidencia, Frank Blair, fueron incluso más amenazadoras. En una carta pública, Blair confesaba que su Partido sería incapaz de desplazar a la mayoría republicana del Senado aunque consiguiese la Presidencia y la Cámara de Representantes. Dado que los Demócratas no podían confiar en revocar las *Reconstruction Acts* por métodos normales, Blair propuso una solución no convencional:

> Solo hay una forma de restablecer el Gobierno y la Constitución, y es que *el Presidente electo declare estas leyes nulas de pleno derecho, que obligue al ejército a revocar sus usurpaciones en el Sur, que disperse a los gobiernos estatales oportunistas y que permita a los blancos reorganizar sus propios gobiernos y elegir senadores y representantes.* La Cámara de Representantes incluirá una mayoría de Demócratas del Norte, y admitirá a los representantes elegidos por los blancos del Sur, y con la cooperación del Presidente, no será difícil obligar al Senado a someterse de nuevo a los requerimientos de la Constitución[88].

Blair, en suma, estaba ofreciendo una reposición de las elecciones de 1866, en las que una victoria conservadora en la Cámara de Representantes habría permitido a Johnson forzar al Remanente Republicano del Capitolio a poner fin a su campaña a favor de la Decimocuarta Enmienda.

La carta de Blair causó un gran revuelo; los Republicanos la denunciaron como «revolucionaria» y los Demócratas se echaron atrás a causa del potencial que tenía para el desastre electoral. Sin embargo, Blair permaneció como candidato en la lista electoral. Junto con las repetidas denuncias de la Reconstrucción contenidas en el programa Demócrata, una victoria electoral del Partido Demócrata habría reabierto las cuestiones planteadas por el abrupto cambio de postura del secretario Seward sobre la Decimocuarta Enmienda. Así es como presentó la cuestión *The New York Times* en un editorial titulado «The Question Before the People»:

> La importantísima cuestión presentada al pueblo, del Norte y del Sur, no es si una Administración republicana o demócrata gobernará el país. El conflicto político que tiene inquietas a todas las partes de este continente no es simplemente partidista, como en los casos ordinarios […].

---

[87] Democratic Platform, A. Schlesinger (ed.), *History of American Presidential Elections*, cit., vol. 2, pp. 1267, 1269.

[88] Matthew Carey, Jr. (comp.), *The Democratic Speaker's Handbook: Containing Everything Necessary for the Defense of the National Democracy in the Upcoming Presidential Campaign and for the Assault of the Radical Enemies of the Country and its Constitution*, Cincinnati, Miami Print and Publishing, 1868, p. 355.

> El éxito militar con el que se cerró la guerra por la Unión solo proporcionó la base para el restablecimiento de la paz… Las leyes, que durante la guerra habían estado calladas, han de hablar de nuevo ahora y ratificar y asegurar los resultados obtenidos en el campo de batalla. Pero la legislación ordinaria podría ser revocada; de ahí la necesidad de incorporar en una enmienda constitucional las condiciones legales de una unión más perfecta […].
>
> En gran medida este resultado se ha logrado a través de la decimocuarta enmienda. Pero el pueblo no puede cerrar los ojos al hecho de que esto se ha conseguido pese a los antiguos secesionistas, y que los medios con los que se ha conseguido son declarados inconstitucionales y sin validez legal por el Partido Demócrata. Por consiguiente, la sensación de inseguridad respecto a este elemento vital para el restablecimiento de la paz, permanece. El voto popular todavía ha de decidir si la guerra tuvo alguna importancia real, si consiguió algo que tenga un valor permanente para la nación[89].

Este tipo de editoriales hace hincapié en la importancia decisiva de la carrera contra reloj constitucional en el esquema estadounidense de gobierno. Como hemos visto, la Decimocuarta Enmienda apenas llegó a la meta a finales de julio de 1868, y entonces lo hizo solo como resultado de los cambios a tiempo del Presidente y del Tribunal. Si la Convención/Congreso hubiese perdido esta carrera debido a la intransigencia del Presidente o del Tribunal, los editoriales habrían contenido un mensaje muy diferente. Periódicos republicanos como el *Times* habrían sido incapaces de señalar la Decimocuarta Enmienda como la prueba de que el gran objetivo de la guerra se había básicamente «conseguido», y que solo faltaba acabar con una «sensación de inseguridad» residual. En vez de esgrimir la carta de Blair como prueba de la campaña «revolucionaria» del Partido Demócrata para destruir el *statu quo* emergente, los Republicanos habrían estado todavía en pleno esfuerzo revolucionario para ratificar la Decimocuarta Enmienda. Si en el Sur hubiera seguido imperando el caos ¿habrían mantenido los votantes del Norte su apoyo al Partido Republicano?

Nunca lo sabremos, pero la importancia de los cambios a tiempo se desprende del resultado de las elecciones. Los Republicanos barrieron en el Congreso –ganaron una mayoría de 2 a 1 en la Cámara de Representantes y de cinco a uno en el Senado[90]– pero los resultados presidenciales cuentan una historia muy diferente. La mayoría sustancial de Grant en el Colegio Electoral se vio desmentida por su estrecho margen de 300.000 votos populares. Dado que más de medio millón de estadounidenses negros votaban según los términos de las *Reconstruction Acts*, esto significa que

---

[89] *The New York Times*, 18 de agosto de 1868, p. 4.
[90] Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., p. 487.

¡la mayoría de los blancos votaron por los candidatos demócratas Horatio Seymour y Frank Blair![91].

Este signo de exclamación constituye un punto importante en la operación de relanzamiento de los Republicanos. Recuérdese que, bajo el liderazgo de Bingham y otros moderados, la Convención/Congreso había impuesto el sufragio negro en el Sur con el expreso propósito de implementar el mandato popular para la Decimocuarta Enmienda que los Republicanos habían conseguido en las elecciones de 1866. Habiendo redefinido la política del Sur en nombre de la nación para incluir a los negros, la Convención/Congreso invitaba ahora a estos mismos negros a jugar un papel decisivo en la consolidación de la enmienda en las elecciones de 1868. El resultado fue un triunfo de la redefinición constitucional conceptualmente complejo pero políticamente estimulante. Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos había conseguido en cierto modo reconstruirse a sí mismo: mientras que antes Nosotros, el Pueblo consistía en una unión de estados que definía sus propios criterios de ciudadanía, ahora el Pueblo de la Nación imponía determinados criterios fundamentales de ciudadanía al pueblo de cada estado. Si bien una tal redefinición revolucionaria del carácter nacional suele requerir a menudo una ruptura radical con las instituciones preexistentes, los estadounidenses habíamos conseguido de algún modo gestionar el proceso mediante una reacción en cadena de adaptaciones no convencionales que culminó en 1868, cuando los ciudadanos negros del Sur utilizaron los derechos de voto no convencionales que les otorgaban las *Reconstruction Acts* para consolidar la Enmienda misma que les garantizaba una ciudadanía igual. Adaptando continuamente las elecciones nacionales a unos propósitos nunca contemplados por los Federalistas, Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos* nos habíamos entregado completamente a la proposición según la cual «todas las personas nacidas o naturalizadas» en Estados Unidos tienen derecho a «los privilegios e inmunidades de los ciudadanos estadounidenses» que ningún estado o localidad pueden limitar.

Vista desde una perspectiva práctica, la elección de Grant también solidificó la línea base constitucional establecida provisionalmente por la segunda proclamación hecha por el secretario Seward sobre la Decimocuarta Enmienda. Teniendo en cuenta el paso atrás que dio el secretario en julio de 1868 ante la Convención/Congreso, solo una victoria electoral del Partido Demócrata podría haber evitado la consolidación de la Decimocuarta Enmienda como norma superior. Solo entonces habría sido posible que un Presidente hiciese realidad la amenaza de Blair ordenando

[91] Véase John Franklin, «The Election of 1868», en A. Schlesinger (ed.), *History of American Presidential Elections*, cit., vol. 2, pp. 1247, 1265-1266.

al nuevo secretario de Estado que hiciese una tercera proclamación sobre la Decimocuarta Enmienda, reiterando las dudas expresadas en la primera proclamación de Seward y generando un nuevo ciclo de combates no convencionales en Washington y en el Sur.

Interrumpiendo este ciclo, la victoria del Partido Republicano acabó –para decirlo con las palabras utilizadas por *The New York Times*– con «la sensación de inseguridad» que todavía rodeaba a la enmienda. O para decirlo en mi propia jerga, fue un evento *consolidador*, comparable con episodios similares posteriores a la Fundación. Recuérdese que, pese al éxito de los Federalistas en la obtención de la ratificación formal de la Constitución original, el Primer Congreso se inició con dos estados –Rhode Island y Carolina del Norte– desafiantemente discrepantes. Mientras estos dos estados permaneciesen fuera de la Unión, las ilegalidades implícitas en la Fundación permanecerían en la superficie misma de la vida pública y no podrían ser desechadas como curiosidades históricas. Con los dos discrepantes insistiendo en sus derechos a tenor de los Artículos de la Confederación, era perfectamente posible que la Constitución se deshiciese. Si uno o más estados hubiesen desertado de la nueva Unión para unirse a Rhode Island y a Carolina del Norte a tenor de los Artículos, la problemática legalidad de la Fundación habría seguido siendo una cuestión polémica. Solo cuando los dos discrepantes abandonaron los Artículos perdieron su acicate político los problemas legales que rodeaban a la Fundación.

Las elecciones de 1868 constituyeron una línea divisoria similar. Con Grant en la Casa Blanca, y con sólidas mayorías republicanas controlando el Congreso, la Reconstrucción había alcanzado un punto de no retorno. Con las instituciones nacionales bajo el firme control de los Republicanos, a los restantes estados del Sur no les quedaba más remedio que ratificar las enmiendas de la Reconstrucción a cambio de su readmisión en el Congreso.

Pese a todas sus otras diferencias, las presidencias de Grant y de Washington desempeñaban funciones constitucionales similares. Al final de su primer período en el cargo, estos generales relativamente apolíticos estaban presidiendo un orden constitucional que, superficialmente al menos, desmentía los encarnizados combates librados poco antes. Las principales instituciones estadounidenses ya no estaban denunciando regularmente la falta de legitimidad constitucional de las otras, ni lanzándose unas a otras amenazas no convencionales en cuanto a su misma existencia. Igual que en 1792, también en 1872 el nuevo régimen había surgido como el único aceptado por todos.

No pretendo negar lo obvio. Tanto en la década de 1790 como en la de 1870 había mucha gente resuelta a socavar las victorias no convencionales orgullosamente proclamadas por Federalistas y Republicanos en nombre del

Pueblo. En retrospectiva al menos, estos dos momentos de consolidación constitucional están repletos de agridulces pradojas. Mirando hacia atrás con una perspectiva de siglos, es evidente –al menos para nosotros– que el péndulo político había empezado a oscilar alejándose de los nacionalismos revolucionarios de Federalistas y Republicanos en el momento mismo en que estos proclamaban su triunfo en nombre del Pueblo.

Pero no antes de que lograran anclar su contribución legal en el fundamento de nuestro orden constitucional. Pasamos, pues, al acto final de consolidación, al momento en que el Tribunal Supremo dejó claro que, pese a su problemático pedigrí, las Enmiendas de la Reconstrucción servirían como fuente de perdurable significado constitucional para el futuro.

La consolidación y el Tribunal

La última vez que nos fijamos en el Tribunal estaba atropelladamente en retirada, postergando hasta diciembre de 1868 cualquier nueva consideración del ataque lanzado por la Convención/Congreso a su jurisdicción en el caso McCardle. Pero una vez llegado diciembre, el siguiente paso del Tribunal no estaba en absoluto predeterminado: ¿se adaptaría a los resultados electorales o lanzaría otro ataque legalista a la Reconstrucción que perturbaría las tendencias consolidadoras del gobierno de Grant?

Los magistrados del Tribunal Supremo se movieron primero en la dirección de la perturbación, antes de dar un paso atrás y entrar en la senda de la consolidación.

El nombramiento de nuevos magistrados del Tribunal y sus consecuencias

En cuanto Grant asumió el cargo, los Republicanos se movieron rápidamente para extender su control sobre el Tribunal. Esto implicaba deshacer algunos de los extraordinarios pasos que habían dado en el pasado reciente. En julio de 1866, en el momento álgido de su lucha con el Presidente, la Convención/Congreso había respondido a la designación por parte de Johnson de su Fiscal general, Henry Stanbery, como magistrado, promulgando una ley que «reducía» el Tribunal. Según lo establecido en esta ley, la jubilación de uno de los magistrados del Tribunal no creaba una vacante hasta que el número de ellos fuese de siete, con lo que se hacía imposible que Johnson nombrase a Stanbery, o a cualquier otro, a corto plazo. Con Grant en la Casa Blanca, el 41º Congreso aprobó rápidamente una ley que ampliaba el Tribunal a nueve miembros y que entró en vigor en diciembre

de 1869[92]. Tras un intervalo ocasionado por la muerte de un candidato y la impopularidad de otro, Grant consiguió que el Senado confirmase el nombramiento del juez William Strong en febrero y del juez Joseph P. Bradley en marzo de 1870.

Los resultados fueron espectaculares. Una semana antes de la llegada de Strong, los jueces habían decidido, por cuatro votos a tres, invalidar una de las grandes leyes de la Convención/Congreso que convertía el papel moneda en moneda de curso legal de Estados Unidos[93]. Si bien el dinero fiduciario no parece que sea polémico actualmente, el hecho es que impactó enormemente a los juristas del siglo XIX, que se extrañaron mucho de ver cómo, dada la conocida hostilidad de los Federalistas contra el papel moneda, su Constitución podía ser interpretada de forma que se autorizase al Congreso a emitir dólares de papel. Es un anacronismo que hoy se mire con desconcierto y condescendencia la decisión del juez Chase de invalidar la *Legal Tender Act* [Ley del Papel Moneda]. Al contrario, la seriedad de las inquietudes legales de Chase se ve acentuada por el hecho de que él era el secretario del Tesoro cuando se emitieron los primeros *greenbacks*, los dólares de papel de color verde. La disposición de Chase a repudiar sus propias decisiones en el Tesoro no puede explicarse sin tener en cuenta que el presidente del Tribunal Supremo actuaba en función de la interpretación de buena fe que hacía de los principios constitucionales federalistas[94].

Pero en cuanto los dos nuevos magistrados entraron en el Tribunal, inmediatamente se movieron para revertir este asalto judicial a la política económica del Partido Republicano[95]. La nueva mayoría de cinco magistrados ni siquiera esperó a hacer público un dictamen antes de anunciar su

---

[92] Ley del 10 de abril, 16 *Stat.*, 1869, p. 44. La ley provocó pocos debates, en parte debido a que una ley anterior había sido discutida a fondo durante los últimos días del Congreso anterior. Aunque su motivación política había pasado desapercibida para muchos congresistas, el senador Charles Buckalew se fue de la lengua: «Sabemos muy bien que otrora los magistrados de este tribunal [supremo] eran diez. […] Se ha reducido. La reducción se hizo en unas circunstancias peculiares y con referencia a consideraciones políticas de hace dos o tres años. Ahora, tras el tiempo transcurrido, no tengo nada que objetar a la ampliación del número de magistrados del tribunal en uno o dos más», *Congressional Globe*, 40º Congress, 3rd Sess., 1869, p. 1487.

[93] *Hepburn v. Griswold*, 75 U.S. (8 Wall), 1870, p. 603. Ante la insistencia del juez Field (véase Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., p. 713), el dictamen de Chase invalidó la ley solo en su aplicación a las deudas contraídas antes de su aprobación, dejando la cuestión de las deudas posteriores para más adelante. Cuando el problema se planteó por segunda vez, Field estuvo de acuerdo con su completa invalidación, Legal Tender Cases, 79 U.S. (12 Wall.), 1871, pp. 457, 634.

[94] Quizá la motivación pública del juez Chase no hubiese sido tan clara si la decisión se hubiese tomado antes, cuando pretendía ser el candidato demócrata a la Presidencia en las elecciones de 1868. Pero en ese momento estaba seriamente enfermo, y ello le excluía de la carrera electoral; murió en 1873.

[95] Charles Fairman presenta la dura pelea interna que se produjo en su *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., pp. 738-757, aunque se esfuerza por minimizar los elementos más legalmente notables del asunto.

decisión de apoyar la emisión de *greenbacks* en mayo de 1871[96]. Los dictámenes, cuando fueron finalmente publicados en enero de 1872, fueron un bombazo. Hablando en nombre del Tribunal, el juez Strong desdeñó el camino textual que parecería obvio a un magistrado moderno. Al fin y al cabo, la Constitución afirma explícitamente que el Congreso puede «acuñar moneda y regular el valor de la misma», y en ninguna parte limita su poder para emitir moneda respaldada por su valor en oro y plata. No parece que sea forzar mucho las cosas interpretar este lenguaje como una autorización para que el Congreso emita papel moneda siempre que lo considere necesario y adecuado.

Pero Strong insistió en complicarse la vida. Su dictamen se negaba a apoyarse en la concesión textual que hacía la Constitución respecto al poder sobre la moneda, con lo que reconocía implícitamente que los discrepantes tenían razón cuando insistían en que los Fundadores se habrían quedado horrorizados con el dinero fiduciario. Buscando otras fuentes de poder nacional, Strong llevó al Tribunal a repudiar otros elementos de la ortodoxia constitucional. Es un error, declaró en nombre del Tribunal Supremo, suponer que la Constitución federalista estableció un gobierno nacional con poderes limitados. Al contrario, «el pueblo que adoptó la Constitución entendió que determinados poderes importantes habían sido creados por ella, poderes no enumerados y no incluidos, por cierto, entre los enumerados […]»[97]. El otro nuevo magistrado, el juez Bradley, se unió al coro nacionalista con un dictamen concurrente:

> Los Estados Unidos no son solo un gobierno; son un Gobierno Nacional, y el único gobierno de este país que tiene un carácter nacional […].
>
> Siendo este el carácter del Gobierno General, parece una proposición evidente que se le confirieran todos aquellos poderes que, en el momento de la adopción de la Constitución, se consideraba generalmente que pertenecían a cada gobierno como tal […][98].

Aunque tanto Bradley como Strong se permitieron determinados gestos rituales hacia la Fundación, ningún Federalista habría hecho afirmaciones tan excesivas. Pero en la nueva visión republicana de la Unión, el gobierno nacional pudo hacer valer una autoridad «inherente» basada en su posición como «el único gobierno de este país que tiene un carácter nacional».

---

[96] *Ibid*., p. 759
[97] Véase 79 U.S. (12 Wall.), 1871, pp. 457, 534.
[98] *Knox v. Lee*, 79 U.S. (12 Wall.), 1871, pp. 457, 556.

Reconstrucción consolidante

Dado su categórico cambio de postura sobre la moneda de curso legal, no me cabe duda de que un Tribunal reconstituido habría respondido con el mismo enérgico nacionalismo si se hubiese visto obligado a hacer frente a un desafío constitucional a la Reconstrucción y a la Decimocuarta Enmienda. Del mismo modo que Strong y Bradley rechazaron las restricciones impuestas por el texto y los principios federalistas con respecto a la política económica del Partido Republicano, habrían hecho lo mismo con respecto a la política republicana: tratar a los principios federalistas del Artículo Cinco sin mayor respeto que a los principios federalistas de la política monetaria. Durante la Administración de Grant, el Tribunal llegó a estar muy cerca de este momento de la verdad, solo para dar un viraje brusco y adoptar un enfoque menos melodramático.

Igual que en el caso de la moneda de curso legal, la historia empieza con un dictamen legalista del juez Chase. El 12 de abril de 1869, casi dos años después de dejar el caso *McCardle*, un veredicto unánime del Tribunal defendió su decisión. Su retirada, explicó Chase, no había tenido nada que ver con la prudencia, y sí mucho con los principios. Al fin y al cabo, la ley jurisdiccional con la que McCardle acudió al Tribunal solo había sido promulgada el año anterior. Si el Congreso pudo reconocer la nueva jurisdicción del Tribunal en 1867, ¿por qué no podía retirársela en 1868?

Dada esta reafirmación de poder del Congreso, Chase absolvió inmediatamente al Tribunal de la menor insinuación de impropiedad sugerida por su caótica retirada: «La jurisdicción es el poder de declarar la ley, y cuando deja de existir, la única función que le queda al Tribunal es la de anunciar este hecho y sobreseer la causa. Y esto es no menos claro respecto a la autoridad que respecto a los principios»[99]. Pero había peligros ocultos en esta rotunda transformación de la prudencia en principio: ¿no estaba Chase anunciando la desaparición de la revisión judicial? Siempre que un Tribunal futuro amenazase con declarar inconstitucional una ley, ¿no podría la facción dominante en el Congreso privarlo de jurisdicción?

Chase respondió con uno de los párrafos más brillantes en la historia del Tribunal Supremo:

> La defensa parece haber supuesto, si se da efecto al acto revocador en cuestión, que todo el poder de apelación del tribunal, en casos de *habeas corpus*, es negado. Pero esto es un error. La ley de 1868 no exceptúa de esta jurisdicción ningún caso, salvo los recursos de apelación de los Juzgados de Circuito a tenor de la ley de 1867 [como el de McCardle]. No afecta a la jurisdicción previamente ejercida[100].

[99] *Ex parte* McCardle, 74 U.S. (7 Wall.), 1869, pp. 506, 514.
[100] *Ibid.*, p. 515.

Habiendo cubierto al Tribunal bajo un manto de principio, Chase había redefinido majestuosamente el principio. Aunque todo el mundo había pensado que *McCardle* era un «gran caso» que implicaba el poder plenario del Congreso para destruir la jurisdicción del Tribunal, Chase informó delicadamente al mundo de que estaba equivocado. *McCardle* únicamente decidió que el Congreso privaría a los litigantes de un camino hacia el Tribunal Supremo *siempre que otro hubiese quedado abierto*. Generaciones posteriores que recurriesen a *McCardle* en busca de una respuesta clara a una cuestión básica serían solo recompensadas con la enigmática sonrisa de Chase. Por un lado, es un hecho que el Tribunal accedió a la voluntad del Congreso en un momento crítico de transformación constitucional; por otro lado, el dictamen del Tribunal no reconocía el poder plenario e incondicional del Congreso para privarlo de jurisdicción.

Si bien la brillante maniobra de Chase había reducido el daño institucional a largo plazo de *McCardle*, a corto plazo tuvo consecuencias diferentes. Los abogados de otros sureños agraviados tratarían previsiblemente de aprovechar el dictamen para abrir otros caminos jurisdiccionales al Tribunal, y llevar a los jueces a una tardía confrontación con Grant y con el Congreso republicano sobre la Reconstrucción, que en 1869 todavía estaba en marcha en Georgia, Misisipi, Texas y Virginia[101]. Correspondió a Edward Yerger hacer de pionero legal. Yerger había sido acusado de asesinar a un oficial de la Unión que había sido nombrado alcalde de Jackson, Misisipi. Como en el caso *McCardle,* el general al mando negó la solicitud de Yerger de un juicio con jurado y le ordenó personarse ante una comisión militar de acuerdo con la Sección 3 de la Ley de la Reconstrucción.

Tras considerar el caso, la comisión condenó a muerte a Yerger. Pese a lo violento que fue su crimen, el caso Yerger planteó casi los mismos temas que el de McCardle[102]. ¿Podía el Congreso negar a un civil sureño un juicio con jurado estando abiertos los tribunales civiles?[103]. ¿Podía utilizar al Ejército de la Unión para destruir a un gobierno johnsoniano en un intento de obtener la ratificación de la Decimocuarta Enmienda?

Con el dictamen de Chase en *McCardle* ante él, el abogado de Yerger invocó la jurisdicción del Tribunal Supremo mediante los procedimientos tradicionales de *habeas corpus* anteriores a la Ley que el Congreso había revocado en el caso McCardle. Esta táctica tuvo éxito. El 25 de octubre de 1869 el presidente del Tribunal Supremo aceptó la jurisdicción del tribunal sobre el caso Yerger. *Ex parte Yerger* se encontraba ahora en el

---

[101] Véase la útil cronología proporcionada por Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., pp. 106-107.
[102] Obviamente, no podía invocar la apelación que hacía McCardle de la Primera Enmienda. Pero este no era el eje del argumento de McCardle. Véase la nota 49, supra.
[103] *Ex parte* Milligan, 71 U.S. (4 Wall.), 1866, p. 2.

mismo punto en el que el Congreso había sido provocado en sus medidas de vaciado jurisdiccional en *McCardle*. Ya que Strong y Bradley todavía no habían entrado a formar parte del Tribunal, había motivos para temer un resultado negativo. En palabras de Charles Fairman, «según un cálculo sincero, una decisión sobre Yerger iría probablemente contra el Gobierno; de hecho, en un sentido sustancial, el Gobierno no podía vencer»[104].

Los Republicanos pasaron una vez más a la ofensiva. Cuando el Congreso se reunió de nuevo en diciembre de 1869, el senador Charles Sumner presentó un proyecto de ley[105] privando al Tribunal de *toda* jurisdicción de apelación sobre el *habeas corpus*[106]. El comité judicial transformó el proyecto de ley de Sumner en un vehículo para una respuesta diferente, aunque no menos extrema. Rechazándolo en su totalidad excepto en el título, introdujo la misma propuesta que su presidente, Lyman Trumbull, había hecho dos años antes. Esto habría prohibido explícitamente a cualquier tribunal cuestionar la validez constitucional de la Reconstrucción[107]. Si Sumner o Trumbull hubiesen tenido éxito, el presidente del Tribunal Supremo no habría podido negar por más tiempo, mediante una ingeniosa construcción legal, que la Convención/Congreso se tomaba muy en serio la idea de subordinar el Tribunal a la visión Republicana de la Unión.

Una vez más, el Tribunal parecía estar metiéndose en una guerra que no podía ganar. Si se movía rápidamente para vindicar a Yerger, o bien confrontaba otra ronda de vaciado jurisdiccional o una variante del escenario en el que se dirimió la disputa en torno al papel moneda en el que los jueces Strong y Bradley salieran al rescate con una grandilocuente defensa del poder intrínseco de la Convención/Congreso para insistir en la Reconstrucción en nombre de la Nación.

Pero en este punto intervino el presidente Grant para interrumpir el ciclo de confrontación constitucional[108]. Incluso antes de que el Congreso se reuniese en diciembre, el nuevo Fiscal general republicano había dado pasos para asegurarse de que el Tribunal nunca vería el caso Yerger. Veinticuatro horas después de que Chase pronunciase su dictamen reafirmando la jurisdicción, apareció en las actas la siguiente nota:

---

[104] Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., p. 584. Estoy totalmente de acuerdo con el análisis presentado por Fairman respaldando su posición.
[105] S. 280, 41st Cong., 2nd Sess, 1869.
[106] El senador Drake propuso una medida aún más extrema, S. 274, que habría privado a los tribunales de *todo* poder de revisión judicial. Véase Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., pp. 586-588.
[107] Véase S. 363, 40th Cong., 2nd Sess., 1868.
[108] Aunque el proyecto de Trumbull llegó al hemiciclo, nunca fue votado. Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., p. 588, atribuye explícitamente esto a las actividades del Fiscal General.

> Mr. Phillips expuso al Tribunal que debido a un arreglo en curso entre el Fiscal general y el abogado del demandante, no se presentará ninguna moción esta mañana para discusión; pero si no hubiera objeción por parte del Tribunal, la defensa postergará moverse hasta una fecha subsiguiente del plazo.
>
> El presidente del Tribunal Supremo dijo que indudablemente era un asunto discrecional por parte del abogado del demandante presentar un recurso de *habeas corpus*. Una vez decidida la cuestión de la jurisdicción, el Tribunal considerará una moción para el *habeas corpus* siempre que la defensa considere adecuado presentarla[109].

Phillips esperó hasta el 23 de febrero de 1870, cuando el reconstruido estado de Misisipi fue finalmente reconocido en los salones del Congreso. Ese mismo día hizo público un acuerdo para transferir a Yerger a las nuevas autoridades estatales para que pudieran juzgarlo por asesinato[110]. En un caso parecido en Texas se llegó a un acuerdo similar[111].

Y luego ya no hubo más acuerdos. Una vez readmitida Georgia en julio de 1870, ya no hubo más blancos que pudiesen aportar casos concretos que cuestionasen la administración de la Reconstrucción por parte del ejército. Hay, pues, una razón procedimental rutinaria en el hecho de que las leyes sobre el papel moneda provocasen una reivindicación muy visible de la soberanía nacional, mientras que no hay ningún episodio similar que marque la consolidación de la Decimocuarta Enmienda como norma superior. Dado que los dólares de papel estarían circulando en un futuro indefinido, una serie interminable de litigantes darían la lata al Tribunal acerca de su estatus constitucional. Con la Reconstrucción concluyendo bajo Grant, los magistrados podían evitar nuevas luchas entre ellos –por no hablar del Presidente, el Congreso y el Pueblo– dejando que el tiempo jugase a su favor.

Hasta que se produjo un tipo muy diferente de pleito. Después de 1870, los sureños blancos se encontraron en una posición paradójica. De pronto se convirtieron en los principales defensores de la misma Enmienda a la que se habían opuesto de manera tan implacable. Los nuevos gobiernos republicanos del Sur estaban ahora dominados por unas coaliciones interraciales que habían dejado fuera a muchos blancos. Mientras estas coaliciones estuviesen en el poder, los blancos conservadores responderían a la derrota legislativa a la vieja manera estadounidense, acudiendo a los tribunales y utilizando todos los instrumentos legales disponibles para revertir sus derrotas legislativas. ¿Y qué mejor arma podía existir que la flamante promesa de ciudadanía, libertad e igualdad de la Decimocuarta Enmienda?

---

[109] Esta pieza aparece en las Actas del Tribunal del martes 26 de octubre de 1869. Ha sido reimpresa en *ibid.*, p. 585.
[110] *Ibid.*, p. 589.
[111] *Ex parte* Brown se discute en *ibid.*, p. 590.

Así estaban las cosas en 1873 cuando el Tribunal finalmente pronunció su primera decisión considerada sobre la Decimocuarta Enmienda. Se sacaron a colación los *Slaughterhouse Cases* a instancias de los carniceros *blancos* de Nueva Orleans contra su nuevo gobierno estatal, que había creado un monopolio en los mataderos que amenazaba con excluirlos del negocio. Según el punto de vista de los carniceros, las Enmiendas de la Reconstrucción daban a los blancos, además de a los negros, unos derechos fundamentales como ciudadanos estadounidenses, incluyendo su derecho a competir en un mercado libre sin restricciones legislativas injustificadas. En una famosa decisión por cinco votos contra cuatro, el Tribunal Supremo rechazó esta afirmación.

Pero no es este aspecto del caso –ya discutido en el primer libro de esta serie[112]– el que ha de preocuparnos. Aquí no nos centramos en la sustancia sino en el proceso, no nos centramos en *Slaughterhouse* como el primer gran caso que interpreta el significado de las Enmiendas de la Reconstrucción, sino como el último gran paso en su consolidación. Teniendo en cuenta este interés, el prólogo del Tribunal requiere una atención especial. Después de exponer los hechos del caso, el juez Samuel Miller sitúa el problema en el flujo del tiempo. Empieza viendo la Constitución federalista, y sus enmiendas tempranas, desde una gran distancia. Estos textos fundamentales, explica Miller, «se han vuelto históricos y de otra época». La frase siguiente yuxtapone este pasado histórico con el presente vivo: «Pero en los últimos ocho años otros tres artículos de enmienda de una enorme importancia han sido añadidos por la voz del pueblo»[113].

La declaración de Miller puede parecer insulsa, pero representa un punto de inflexión. La hostilidad del Tribunal hacia la Reconstrucción había sido una fuente continua de problemas para el Congreso y el Presidente; pero esta simple frase notifica al país que el período de inquietud ha llegado a su fin. Los magistrados hablan con una sola voz. Aunque más tarde se dividirán claramente sobre el *significado* de las Enmiendas, los nueve aceptan incondicionalmente su *validez*.

Reflexionemos sobre las palabras exactas con las que el Tribunal expresa este trascendente acto de reconocimiento: «[…] han sido añadidos *por la voz del pueblo*»[114]. El juez Miller utiliza el lenguaje sin mediación de la soberanía popular sin tratar de establecer el pedigrí legal de las enmiendas a tenor del Artículo Cinco. Todo su marco retórico es hostil con estos formalismos. En vez de crear la ficción de una transición suave desde la década de 1780 a la de 1860, presenta una disyunción radical entre los textos de la Fundación de «otra época» y la «voz» viva de los estadounidenses contemporáneos. Cuando el Tribunal describe la génesis de cada Enmienda,

---

[112] Véase mi texto *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., pp. 122-124.
[113] *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S., 1873, pp. 36, 67.
[114] El subrayado es mío.

su despreocupación por las formalidades se hace patente. Considérese el tratamiento que hace Miller de la Decimocuarta Enmienda. Según su personal relato, «los estadistas que habían dirigido con seguridad al gobierno federal durante la crisis» reconocieron que se necesitaba «algo más» que la Decimotercera Enmienda para proteger «a la desafortunada raza que tanto había sufrido. Y en consecuencia aprobaron por medio del Congreso la propuesta de la Decimocuarta Enmienda *y declinaron tratar como restablecidos en su plena participación en el gobierno de la Unión a aquellos estados que se habían insurreccionado, hasta la ratificación de dicho artículo por un voto formal de sus cuerpos legislativos*»[115].

La cursiva es mía, no de Miller. Y si esta frase en cursiva pide a gritos una prolija discusión del retorcimiento legalista sobre el Artículo Cinco, esto es lo último que el Tribunal tiene en mente. En vez de explicar por qué una enmienda conseguida en estas condiciones merece reconocimiento como legalmente válida, el juez Miller pasa a otra cosa, como si nadie hubiese pensado nunca en plantear cuestiones constitucionales acerca de la decisión tomada por unos «estadistas» republicanos de invalidar el veto del Sur a la Decimocuarta Enmienda.

Y no es que los magistrados pensasen que estaban engañando a nadie. Como explica Miller, su «recapitulación de los acontecimientos, casi demasiado recientes para calificarlos de historia»[116], afectaba a unos episodios que estaban «muy frescos en la memoria de todos»[117]. La facilidad con la que elude la problemática de la validez no puede atribuirse a un súbito ataque de amnesia, ni entre los nueve magistrados ni en la población en general. Es un tributo de la influencia que tienen los métodos del derecho común sobre la jurisdicción constitucional. A diferencia de los tribunales constitucionales europeos, el Tribunal Supremo no emite dictámenes consultivos. Igual que un tribunal de derecho común, espera que los litigantes reales le llamen la atención sobre cuestiones constitucionales no resueltas. Pero ninguno de los bandos del caso *Slaughterhouse* estaba interesado en plantear la cuestión de la validez; no, por supuesto, los carniceros blancos, que trataban de utilizar las nuevas Enmiendas para atacar el nuevo monopolio impuesto por las autoridades blancas y negras de Luisiana; y tampoco los defensores del monopolio los mataderos, que podían denunciar la Reconstrucción solo al precio de renunciar a sus propios privilegios especiales. Dado que ambos bandos estaban satisfechos si se resolvía astutamente la cuestión de la validez, el Tribunal actuó en coherencia con las normas del derecho común ignorando las cuestiones profundas que todo el mundo sabía que acechaban justo debajo de la superficie[118].

---

[115] *Ibid.*, pp. 70-71.
[116] *Ibid.*, p. 71.
[117] *Ibid.*, p. 68.
[118] No estoy sugiriendo que el Tribunal fuese legalmente incapaz de plantear la cuestión de la validez por su cuenta; solo digo que las normas profesionales le permitieron eludir la cuestión.

Y sin embargo –y aquí están de nuevo en juego los métodos del derecho común– el caso *Slaughterhouse* acabó efectivamente con todo debate legal serio sobre la validez de la Decimocuarta Enmienda. Para los expertos en derecho común, la clave no es lo que dice un tribunal, sino lo que hace. Aunque los magistrados no habían explicado las bases de su acción, su decisión unánime sobre la validez constituía un precedente decisivo. En lo sucesivo, un abogado sería tomado a risa si trataba de persuadir a un juez para que examinase el dudoso pedigrí de las Enmiendas de la Reconstrucción. Con el paso de los años los tribunales fueron generando innumerables de casos que fueron enterrando el problemático pedigrí de las enmiendas bajo capas y capas de discusiones eruditas que simplemente daban por sentada la fuerza vinculante de las Enmiendas de la Reconstrucción. Con el caso *Slaughterhouse*, el tren había llegado a su destino final.

El regreso a la política ordinaria

Justo a tiempo. A medida que la consolidación avanza en los tribunales, el Ku Klux Klan se estaba embarcando en una campaña guerrillera de terror cuyo objetivo era nada menos que la obliteración del experimento del Partido Republicano de política interracial. Grant respondió con un uso errático del Ejército de la Unión para mantener la ley y el orden, pero simplemente no estuvo a la altura de las exigencias morales y estratégicas de su liderazgo[119]. Bajo un reinado de muerte y terror, los negros se alejaron de las urnas, dejando que los blancos fueran expulsando del poder con sus votos a un gobierno republicano tras otro. Al final de la Administración de Grant, solo tres gobiernos republicanos permanecían (relativamente) en pie gracias al apoyo de las tropas de la Unión.

La política nacional también se estaba volviendo contra los Republicanos. El devastador Pánico de 1873 provocó una victoria aplastante del Partido Demócrata en las elecciones de 1874. Por primera vez desde 1860, los Demócratas pasaban a controlar la Cámara de Representantes y empezaban a reducir la mayoría Republicana en el Senado[120].

En este contexto político tan cambiante, la crisis electoral de 1876 operó como la prueba de fuego del proceso de la consolidación. El candidato del Partido Demócrata Samuel J. Tilden fue el claro vencedor popular tras derrotar al republicano Rutherford B. Hayes por 250.000 votos de diferencia[121]. Pero a Tilden le privó el acceso a la Casa Blanca una Comisión Electoral

---

[119] La mejor exposición es la que propone William Gillette en *Retreat from Reconstruction*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1979.

[120] Para un análisis más detallado, véase la nota 127 de este capítulo.

[121] A. Schlesinger (ed.), *History of American Presidential Elections*, cit., vol. 2, p. 1487.

extra constitucional reunida para resolver disputas surgidas en los tres estados republicanos que quedaban en el Sur[122]. Estos estados habían publicado dos conjuntos distintos de resultados electorales –uno que daba la victoria a Tilden, y otro que se la daba a Hayes– y la Comisión Electoral tenía que decidir a cuál de ellas había que reconocer. La Comisión, formada por cinco senadores, cinco miembros de la Cámara de Representantes y cinco jueces confirmó a todos los electores epublicanos por un voto partidista de ocho contra siete; el juez Bradley, que debía su escaño a la ley de ampliación del número de magistrados del Tribunal aprobada por los Republicanos en 1870, emitió el voto decisivo en todos los casos. Esta decisión hizo Presidente a Hayes por un voto de diferencia en el Colegio Electoral, pese a su clara derrota en el voto popular[123]. Ante la indignación de millones de sus partidarios demócratas, Tilden aceptó este resultado en una muestra notable de sentido de Estado que merece un lugar de honor en los anales de la República. Hayes, a su vez, dejó de dar apoyo militar a los restantes gobiernos republicanos del Sur, lo que llevó a su rápido colapso.

Desde la distancia de los más de ciento veinticinco años transcurridos, podemos ver que se estaban sentando las bases de una nueva política nacional. Las cuestiones polémicas de la raza y la Unión empezaron a ser desplazadas por la crisis del capitalismo industrial. Empezaron a surgir nuevos movimientos en el campo y en las ciudades que cuestionaban el *statu quo*. A medida que la década de 1870 daba paso a la de 1880, el aire se llenó de denuncias de las grandes empresas y de su corrupción del gobierno estadounidense. Igual que habían hecho sus padres, abuelos y tatarabuelos, una nueva generación expresó sus impulsos populistas fundando un nuevo partido político, los Populistas, como vehículo para un ataque frontal al orden establecido. Pero estas variaciones sobre un mismo tema suelen generar un resultado sorprendente. Los Populistas nunca llegarían a celebrar la victoria de un Jefferson o un Jackson o un Lincoln. Verían a su candidato William Jennings Bryan decisivamente derrotado en las elecciones presidenciales de 1896 y 1900. Si el lector me perdona mi jerga, diré que el nuevo siglo se abrió con un *momento constitucional fallido*, con unas aciagas consecuencias que todavía se hacen sentir hoy.

Pero en la América de 1876 todo esto era un futuro sin explorar. La cuestión operativa era cómo abordar el pasado inmediato, el período de la Reconstrucción que estaba manifiestamente llegando a su final. En particular, los estadounidenses eran entonces muy conscientes de una opción que hacía mucho tiempo que habían olvidado: ¿debía la nueva generación

---

[122] Y un voto del Norte (Oregón).

[123] Véase Ch. Fairman, *Five Justices and the Electoral Commission of 1877*, Nueva York, Macmillan, 1988, para una exposición reciente, aunque claramente apologética.

aceptar la Decimocuarta Enmienda como parte válida de la norma superior, o debía utilizar el pedigrí problemático de la misma para desacreditarla?

Desde este punto de vista, la respuesta dada por el demócrata Tilden es especialmente importante. Esta es una carta abierta publicada en el momento álgido de la campaña de otoño:

> Las cuestiones resueltas por la guerra no han de abrirse de nuevo. La adopción de la Decimotercera, Decimocuarta y Decimoquinta Enmiendas a la Constitución federal cerró una gran época de nuestra política [...]. Estas Enmiendas cierran un capítulo; son y tienen que ser finales; de ahora en adelante, todos los partidos han de aceptarlas, y nuestra política ha de girar en torno a cuestiones del presente y del futuro, y no a las de un pasado zanjado y definitivo[124].

Aunque Tilden hubiese ganado la Casa Blanca, no hay motivos para creer que hubiese tratado de borrar las Enmiendas de la Reconstrucción (cómo les habría ido en la práctica es otra cuestión). Pero supongamos lo contrario e imaginemos al presidente Tilden negando su retórica de campaña una vez en el cargo. Incluso entonces, se habría visto confrontado con un Tribunal que había recibido *unánimemente* las Enmiendas de la Reconstrucción en la ley superior tres años antes, en el caso *Slaughterhouse*. Ya no estaba en manos de un simple Presidente revertir este juicio, aunque pudiese convencer al Senado para que confirmase a los candidatos del Tribunal Supremo dedicados a la interpretación johnsoniana de la crisis de la ratificación. Teniendo en cuenta el voto del nueve contra cero, revertir *Slaughterhouse* requeriría décadas de ascendencia del Partido Demócrata en la Casa Blanca y en el Senado, así como una notable consistencia ideológica en la selección de candidatos al Tribunal Supremo. Un presidente tras otro habría tenido que evitar a los candidatos potenciales que no acatasen la disciplina johnsoniana pero que fuesen políticamente atractivos por otras razones. En suma, un rechazo formal del legado constitucional de la Reconstrucción era ahora operativamente imposible.

Compárese esto con la situación existente cuando el secretario Seward proclamó a regañadientes la validez de la Enmienda en julio de 1868. Imaginemos, por ejemplo, que la crisis electoral de 1876 se hubiese producido en 1868. Que en vez de derrotar a Seymour por 250.000 votos, Grant hubiese quedado a 250.000 (que era el margen del déficit del voto popular republicano en la contienda Tilden-Hayes). Supongamos luego que el Partido Republicano hubiese intentado desafiar la voluntad de la mayoría construyendo una victoria para Grant en el Colegio Electoral con la ayuda de electores republicanos de los estados del Sur recién reconstruidos.

[124] Carta a Hewitt, *The New York Times*, 25 de octubre de 1876, p. 2.

Supongamos también que Seymour hubiese respondido con la misma notable habilidad política que había mostrado Tilden, y hubiese permitido a Grant entrar en la Casa Blanca sin más problemas. Supongamos finalmente que Grant hubiese respondido a la manera de Hayes, con un gesto apropiado de reconciliación respecto a la mayoría de estadounidenses que habían votado contra él en las urnas. En el contexto de 1868, ¿qué contenido habría tenido este gesto? En particular, *¿habría sido sacrificada la Decimocuarta Enmienda como parte del acuerdo*?

Después de todo, estamos hablando de una época en que la proclamación de Seward en julio suscitando dudas sobre la Enmienda estaba todavía fresca en la mente de la opinión pública; cuando las denuncias de Blair a la Reconstrucción proporcionaban un tema definitorio a la campaña electoral; cuando el Tribunal Supremo todavía no había sido ampliado de siete a nueve magistrados; cuando…

Para decirlo suavemente, es fácil contar una historia que acabe mal para la Decimocuarta Enmienda. En el mejor de los casos, las páginas del *United States Reports* habrían contado una historia mucho más turbulenta, repleta de opiniones grandilocuentes denunciando y defendiendo el intento de la Convención/Congreso de invalidar el veto sureño de la Decimocuarta Enmienda. Quizá los *Reports* habrían contenido muchas más confrontaciones a medida que las mayorías judiciales iban de un lado a otro, al modo del caso del papel moneda, antes de estabilizarse de un modo u otro en algún momento de la década de 1880.

Este experimento mental pone de relieve la importancia de los años de Grant para la legitimación de la Decimocuarta Enmienda. También sugiere por qué la teoría dualista confiere un alto valor al éxito de la consolidación. Este énfasis es ajeno a los teóricos constitucionales que suponen que los estadounidenses deberían seguir asumiendo las cargas de la política constitucional indefinidamente. Estos demócratas consecuentes[125] no pueden ocultar su decepción cuando ven al pueblo estadounidense batirse en retirada en 1877 de los sacrificios que habían soportado en nombre de la ciudadanía. Para ellos, el hecho de que unas cuantas enmiendas constitucionales estuviesen ahora bien asentadas en los códigos era un pequeño consuelo en comparación con el repliegue estadounidense de la justicia racial en el Sur.

Las cosas tienen un aspecto diferente para el dualista, que ni busca ni espera la extensión indefinida de la política constitucional. Por lo que a

---

[125] Véase Benjamin Barber, *Strong Democracy*, Berkeley, University of California Press, 1984, para la mejor exposición reciente de un teórico político. En la academia, el libro de John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1980, proporciona la teoría más influyente de las que satisfacen los presupuestos demócratas fuertes (aunque a menudo de forma encubierta y no examinada).

él respecta, los estadounidenses tienen el derecho fundamental a decir ya basta a los compromisos movilizados exigidos por una política de soberanía popular, y para declarar que ha llegado el momento de pasar a otras cosas, o bien a perseguir intereses más privados o bien a la lenta elaboración de una nueva agenda constitucional para el cambio fundamental (o ambas cosas)[126]. En este contexto, la Constitución hace una contribución clave cuando lleva una era de movilización exitosa a un fin decisivo, como en el caso *Slaughtershouse*, en vez de permitir que el sentido colectivo de realización sea dilapidado por una serie de manipulaciones elitistas no concluyentes previstas en mi experimento mental alternativo.

De modo parecido, cuando el dualista observa a Hayes permitiendo la caída de los últimos gobiernos republicanos del Sur, no supone que este momento pudiera haberse demorado mucho tiempo si el Partido Republicano hubiese mantenido la ardiente fe de 1866. Da por descontado que la desconexión popular de la agenda constitucional de anteayer tenía inevitablemente que producirse, y hace una pregunta diferente: ¿hasta qué punto las instituciones estadounidenses –y en particular el Tribunal Supremo– consiguieron preservar el espíritu de 1866 durante el largo período de política ordinaria inaugurado por el gobierno de Hayes? ¿Qué nos enseña esta experiencia judicial respecto a los puntos fuertes y a los límites del constitucionalismo dualista?[127].

---

[126] Véase mi *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., cap. 11.

[127] Michael McConnell ha proporcionado un punto de vista diferente del final de la Reconstrucción en «The Forgotten Constitutional Moment», *Constitutional Commentary*, vol. 11, 1994, p. 115. Afirma que una aplicación consistente de mi teoría requiere que 1874 sea reconocido como el año inaugural de un nuevo y exitoso momento constitucional en el que el Pueblo autorizó la construcción de una República segregacionista y racista, la «República de Jim Crow».

McConnell no ofrece esta interpretación para elogiar mi teoría, sino para enterrarla. Si mi planteamiento general legitima el régimen de Jim Crow, sugiere, ¿no deberían los juristas de buena fe evitarla como a la peste?

Sean cuales sean sus motivaciones, recomiendo la investigación de McConnell. Un análisis atento de los contraejemplos propuestos permite la clarificación de los criterios que distinguen los muchos momentos constitucionales fallidos de la historia estadounidense de los éxitos que ha conocido. ¿Tiene, por lo tanto, razón McConnell cuando sugiere que el sistema de Jim Crow se estableció mediante una decisión movilizada y consciente del pueblo estadounidense?

No lo creo. Su demostración pierde ímpetu al dar el primer paso, cuando establece que los estadounidenses estaban manifestando un serio deseo de repensar las Enmiendas de la Reconstrucción. McConnell tiene razón cuando señala que, después del Pánico de 1873, los Republicanos sufrieron una grave derrota en las elecciones de 1874. Por primera vez desde la Guerra Civil, el Partido Demócrata controlaba la Cámara de Representantes por un margen de ciento sesenta y nueve contra ciento nueve. Pero pese a su derrota, los Republicanos todavía controlaban el Senado por cuarenta y cinco contra veintinueve escaños; y continuaban, por supuesto, controlando la Presidencia. Sin embargo, McConnell desea dotar a la victoria electoral de los Demócratas de un profundo significado constitucional. De acuerdo con su análisis, las elecciones tendrían que tratarse como la señal de un movimiento ascendente dispuesto a cuestionar las soluciones constitucionales consensuadas por el Pueblo en la década de 1860.

Discrepo. Las elecciones celebradas en los años en los que no se producen ni elecciones presidenciales ni a la Cámara de Representantes, y que suelen ser mayoritariamente municipales

Retomaré estas cuestiones en el tercer volumen de esta serie.

Más allá de Tocqueville

Por ahora, volvamos una vez más al hipotético «Compromiso Grant-Seymour de 1868». Supongamos que Grant no abandonó simplemente la Decimocuarta Enmienda como parte de un trato con Seymour para ganar la Casa Blanca. En vez de ello, apoya la segunda proclamación de Seward y da instrucciones enérgicas al Fiscal general para que instruya casos como *Yerger*, que apelan al Tribunal Supremo para que resuelva el estatus constitucional de la Reconstrucción y de la Decimocuarta Enmienda. Supongamos, además, que el Tribunal cambia una y otra vez de postura durante una década hasta que, al cabo de varias elecciones presidenciales más, se decide finalmente y por unanimidad a favor de la Decimocuarta Enmienda. Supongamos, finalmente, que usted está de acuerdo conmigo en que este resultado habría sido mucho peor para el país de lo que realmente sucedió en *Slaughterhouse*.

---

y locales, dan casi siempre la victoria al partido que no está en la Casa Blanca. (La arrolladora victoria del *New Deal* en 1934, por ejemplo, es la única excepción en el siglo XX). Si se permitiera que la victoria en una sola de estas elecciones funcionase como señal, ello amenazaría con destruir todo el proyecto dualista, consistente en obligar a la política ordinaria a conseguir victorias institucionales y electorales verdaderamente distintivas antes de conseguir la autoridad constitucional necesaria para poder hablar en nombre del Pueblo.

La afirmación de McConnell pierde aún más credibilidad en su contexto histórico particular. Pese a crecer en número, el Partido Demócrata no consiguió promulgar *ninguna* legislación que constituyese un desafío radical a la herencia legal de los derechos civiles, que los Republicanos habían aprobado durante la primera mitad de la década de 1870. El profesor McDonnell ignora este hecho institucional crucial, y hace hincapié en cambio en algunas declaraciones hechas en el hemiciclo del Congreso por los Demócratas en las que cuestionaban la Decimocuarta Enmienda y proclamaban la supremacía blanca. Su recopilación no es nada espectacular; consta de unas cuantas observaciones de racistas bien conocidos. Aunque McConnell hubiese sacado a la luz un conjunto más sustancial de citas, seguiría habiendo una dificultad metodológica fundamental. En la política ordinaria hay mucha palabrería, desde los moderados a los extremistas de todo tipo. Los momentos constitucionales se señalan solo cuando el Congreso y el Presidente empiezan a traducir esta palabrería en hechos aprobando leyes y realizando otras acciones extraordinarias que denotan un amplio apoyo popular a la nueva agenda constitucional. Entre 1874 y 1876 no sucedió nada que pueda ni remotamente calificarse de esta manera.

Pero ¿es quizá posible que el caso Hayes-Tilden indique que el sistema estaba cambiando hacia la senda de la producción normativa de carácter superior? Si Tilden hubiese hecho campaña con un programa como el de Blair, que cuestionaba las Enmiendas, aceptaría el paralelismo con las elecciones señalizadoras de Lincoln del año 1860, aunque los Demócratas habrían tenido que trabajar mucho más para avanzar por las cuatro fases siguientes de legitimación no convencional. Teniendo en cuenta que Tilden había abrazado *explícitamente* las Enmiendas de la Reconstrucción durante su campaña, la visión que tiene McConnell de este como un Lincoln partidario del sistema de Jim Crow, es una grave injusticia para con ese gran estadista.

Pero ¿qué hay de la decisión de Hayes, en el Compromiso de 1877, de retirar el apoyo militar a los tres gobiernos republicanos que quedaban en el Sur? ¿No señalaba esta decisión un asalto consciente a las Enmiendas de la Reconstrucción? Al contrario, era el uso constante de tropas para intervenir políticamente en unos estados perfectamente admitidos de la Unión lo que

De este modo se llega a una paradoja final. Aunque el resultado hipotético habría sido mucho peor para los norteamericanos del siglo XIX, habría privilegiado a un pequeño grupo que viviría mucho más tarde. Este es el grupo compuesto por los lectores de este libro, que nunca habría sido escrito, ya que el pedigrí problemático de la Decimocuarta Enmienda habría sido un tema estándar en todos los cursos de derecho constitucional

---

era irregular. Tomada en sí misma, la decisión de Hayes de utilizar unos métodos más ordinarios para hacer cumplir las enmiendas representa simplemente una vuelta a la política normal.

Pero el profesor McConnell sugiere que esta decisión tuvo un impacto mucho mayor. Después de 1877, explica, «los derechos civiles se convirtieron en un pasivo político. […] Desde entonces, ninguno de los grandes partidos políticos de la nación mantuvo el compromiso de cumplir los ideales de la Decimocuarta Enmienda», *ibid*., p. 130.

McConnell simplemente se equivoca cuando describe los hechos. En 1879 se produjo una prueba importante. El Partido Demócrata había obtenido finalmente la mayoría en las dos Cámaras del 45º Congreso y organizó un gran asalto contra la legislación de los derechos civiles que les habían dejado los Republicanos. En particular, trataron de revocar las disposiciones de la *Force Act*, que autorizaba a los *marshals* federales a supervisar las votaciones durante las elecciones federales y a llamar a las tropas federales para mantener la paz. Si Hayes hubiese firmado estas revocaciones, o si el Congreso las hubiese aprobado por encima de su veto, la afirmación señalizadora de McConnell podría empezar a parecer plausible; y si los Demócratas hubiesen prolongado esta victoria inicial ganando la Presidencia en 1880, se habría preparado realmente el terreno para hacer un intento muy serio de revocar las disposiciones de la Reconstrucción en nombre del Pueblo.

Pero no fue esto lo que sucedió. Una y otra vez, Hayes vetó el asalto del Congreso por parte del Partido Demócrata a la herencia legal de los Republicanos en unas comunicaciones que hacían hincapié en las cuestiones constitucionales. Véase J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 10, pp. 4475, 4484, 4489, 4493 y 4497. En líneas generales, el conflicto subsiguiente era muy similar a la reciente lucha entre el 104º Congreso Republicano y el presidente Clinton. Tanto en 1879 como en 1995, un Congreso insurgente utilizó la misma técnica para demostrar una gran seriedad en su asalto al statu quo; al igual que los Republicanos del 104º Congreso, los Demócratas del 45º Congreso bloquearon proyectos de ley presupuestarios fundamentales y amenazaron con paralizar el gobierno si Hayes no aceptaba la eliminación de la supervisión federal efectiva del proceso electoral en los estados.

Al igual que en 1995, este movimiento fue contraproducente. Los vetos de Hayes revitalizaron al Partido Republicano y le dieron mucha popularidad, mientras los Demócratas se vieron obligados a aceptar la derrota y a aprobar las consignaciones presupuestarias sin cláusulas adicionales. Véase Frank Vazzano, «President Hayes, Congress and the Appropriations Riders Vetoes», *Congress and the Presidency. A Journal of Capital Studies*, vol. 20, núm. 1, 1993, p. 25; Ari Hoogenboom, *Rutherford B. Hayes: Warrior and President*, Lawrence, University Press of Kansas, 1995, cap. 2.

En vez de repudiar el compromiso republicano con las Enmiendas de la Reconstrucción, el gobierno de Hayes terminó con una altisonante reafirmación de las mismas. De hecho, su biógrafo más reciente lamenta la negativa de este a presentarse para un segundo mandato. «Cuatro años más habrían permitido a Hayes ampliar la aplicación ejecutiva de los principios de reforma de la Administración, y si se hubiese asegurado un Congreso republicano, podría haber hecho cumplir las leyes electorales y protegido a los votantes negros del Sur», Ari Hoogenboom, *Rutherford B. Hayes: Warrior and President*, cit., p. 538.

Pese a la retirada de Hayes de la carrera presidencial, los Republicanos la ganaron con Garfield, cuyo discurso de toma de posesión sugería, una vez más, que la necrológica de los derechos civiles a la que se refiere McConnell era prematura. Contenía una defensa amplia y resonante de «la elevación de la raza negra desde la esclavitud a los plenos derechos de ciudadanía. […] Ningún hombre reflexivo puede dejar de apreciar el efecto beneficioso que ello ha tenido en nuetras constituciones y en nuestro pueblo». J. Richardson (ed.), *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents, 1789-1897*, cit., vol. 10, p. 4598.

que tratasen de hacerse una idea general de los «grandes casos» interpretados por el Tribunal Supremo.

La existencia misma de este libro es, por consiguiente, un testimonio de la notable obsesión de la moderna erudición por el Tribunal Supremo. *Pace* Tocqueville, *no* es el caso que todas las cuestiones constitucionales importantes acaben en los tribunales para su completa resolución. A veces, como en *Slaughterhouse*, los tribunales simplemente reconocen las conclusiones constitucionales alcanzadas por otros tras largos y arduos años de discusiones.

El reto es tomarse en serio estas verdades no tocquevilleanas. Los grandes precedentes establecidos por Presidentes y Congresos, en diálogo con sus conciudadanos, inspira respeto, aunque en los dictámenes judiciales se da un escaso reconocimiento a su significado. Ya es hora de que los juristas vayan más allá de su miope interés por el trabajo de los tribunales. No es demasiado tarde para que cumplan la promesa que se hace en las primeras palabras del texto constitucional, y para tratar a Nosotros, el Pueblo como el principal arquitecto del destino constitucional de Estados Unidos.

En este momento, Estados Unidos vivió otro asesinato. Como en el caso de Andrew Johnson, un vicepresidente de una rama muy diferente del Partido obtuvo el control de la Casa Blanca. El sucesor de Garfield, Chester Arthur, era del ala neoyorquina del Partido, que estaba mucho más interesada en el reparto de prebendas que en cuestiones de principio. El profesor McConnell se vería en apuros para representar a Arthur como el líder de un movimiento activo que trataba de inaugurar la República Segregacionista de Jim Crow.

Efectivamente, la siguiente vez que los Republicanos se hicieron con el control de la Casa Blanca y el Congreso en 1888, estuvieron muy cerca de promulgar nuevas leyes de derechos civiles. La *Force Act* de 1890 propuesta por ellos fue aprobada por la Cámara de Representantes, tuvo el apoyo de una decidida mayoría en el Senado y superó por poco una táctica obstruccionista. Además, el senador George Hoar, el principal proponente del proyecto de ley lo consideró como el preludio de una nueva legislación nacional que «garantizaría a todos los niños que viven en suelo estadounidense la educación necesaria para hacer de ellos unos ciudadanos». Véase Richard Welch Jr., «The Federal Elections Bill of 1890», *Journal of American History*, vol. 52, 1965, pp. 511, 518.

La interpretación del profesor McConnell es, en una palabra, anacrónica. No hubo ningún momento en el siglo XIX en el que una mayoría nacional movilizada repudiase las Enmiendas de la Reconstrucción. De hecho, la erosión de estas Enmiendas en el Sur tuvo lugar de un modo mucho más complejo del que supone McConnell. Véase C. Vann Woodward, *The Strange Career of Jim Crow* [1955], 3ª ed. revisada, Nueva York, Oxford University Press, 1974.

Al rechazar las afirmaciones del profesor McConnell, no niego lo obvio. Las instituciones estadounidensess fracasaron cada vez más en mantener los compromisos previamente hechos por el Pueblo respecto a los estadounidenses negros. Simplemente niego que este fracaso se produjera porque los proponentes del sistema de Jim Crow movilizasen a una mayoría de estadounidenses para que repudiasen las Enmiendas de la Reconstrucción de la forma prevista por el proceso de producción normativa de carácter superior. Si aspiramos a entender el trágico fracaso que representó no estar a la altura de las Enmiendas, hemos de hacernos diferentes preguntas: ¿traicionó el Tribunal Supremo su misión de preservar los compromisos constitucionales durante la política ordinaria? ¿Había algo inherentemente defectuoso en la forma de abordar la justicia racial adoptada por las Enmiendas, defectos que las condenaban al fracaso aunque los jueces hubiesen hecho todo lo posible para cumplir los compromisos del Pueblo?

Retomaré estas cuestiones en el siguiente volumen.

TERCERA PARTE
MODERNIDAD

IX
DE LA RECONSTRUCCIÓN AL *NEW DEAL*

Sobre el método

Cuando pasamos del siglo XIX al XX, nuestra perspectiva del pasado sufre diferentes distorsiones y, para compensarlas, hemos de hacer algunos cambios en el método interpretativo. Al tratar de la Reconstrucción nos encontramos con una especie de amnesia colectiva. El último estadounidense que participó personalmente en la batalla por la Decimocuarta Enmienda fue enterrado hace más de medio siglo. Incluso los nietos que recuerdan vagamente historias de infancia de Thad Stevens y de Andy Johnson están desapareciendo. En consecuencia, hemos de destinar mucho tiempo y energía a redescubrir interrelaciones institucionales que en su día fueron intuitivamente obvias. Para que sobreviva el legado del proceso de producción normativa de carácter superior del siglo XIX, cada generación debe hacer un esfuerzo similar para redescubrir la forma notable en que los estadounidenses organizaron el debate sobre el significado constitucional de la Guerra Civil.

En cambio, las grandes luchas constitucionales del *New Deal* están más cerca de nosotros. Ronald Reagan votó por Franklin Roosevelt en 1936. Cuando recordaba la victoria arrolladora de aquel año, podía fácilmente situarla en una secuencia que empezaba con la primera victoria de Roosevelt en 1932 y continuaba con la crisis de la ampliación del número de magistrados del Tribunal de 1937 hasta la consolidación del Estado del bienestar a comienzos de la década de 1940. Los recuerdos de estas escenas devolvían a hombres como Reagan a su juventud, a una época en que empezaban a compartir las luchas políticas de sus padres. Las lecciones que aprendieron sirvieron de referencia a muchos ejercicios posteriores de juicio político.

Y lo mismo que decimos del ámbito político podríamos decirlo del ámbito del derecho. Cuando la generación del *New Deal* ganó posiciones de autoridad en los tribunales y en las escuelas de leyes, aprovechó a fondo la oportunidad para advertir a sus sucesores del peligro de repetir los errores

del Viejo Tribunal. Estas enseñanzas doctrinales se vieron muy mejoradas con la penetración de las premisas del *New Deal* en el gobierno estadounidense. Los millones de cheques de la Seguridad Social enviados cada mes dan fe de la preocupación del gobierno por una distribución justa de la renta. Los miles de páginas publicadas anualmente en el *Federal Register* (fundado en 1936) contienen incontables recordatorios de las innumerables agencias creadas durante el *New Deal* –SEC, NLRB, EPA, OSH entre otras– que aseguran que el capitalismo no regulado pone en peligro una serie de valores fundamentales, que van desde la pureza medioambiental a la dignidad de los trabajadores. Los titulares de los periódicos informan diariamente de los esfuerzos del gobierno nacional para mantener la prosperidad general mediante las flexibles herramientas de la política macroeconómica hecha posible por el rechazo del patrón oro por parte del *New Deal*. Hasta la presidencia de Reagan, ningún movimiento político victorioso había cuestionado la conveniencia de este complejo esfuerzo gubernamental para mejorar la acción de la «mano invisible». En mayor o menor medida, cada gobierno se había apoyado en el esfuerzo hecho por sus predecesores en las tres áreas básicas de intervención más destacadas durante los años de Roosevelt: la búsqueda de la justicia distributiva, la corrección de los fallos del mercado y la garantía de la prosperidad general.

No tiene nada de extraño que los juristas modernos no tengan problemas para recordar las grandes líneas de la crisis constitucional de la década de 1930. Es solamente su recuerdo del paso atrás que dio el Tribunal Supremo ante el *New Deal* lo que proporciona la vasta superestructura legal del Estado intervencionista con un sólido fundamento constitucional. Era diferente antes de 1932. Cada nueva iniciativa intervencionista provocaba una aprensión ansiosa. ¿Cómo eludir los principios constitucionales más afianzados que ensombrecen todo intento de intervención en el «mercado libre»? La respuesta, en casos particulares, dependía de las complejidades de la doctrina constitucional y de los caprichos del personal judicial. Pero el carácter constitucionalmente problemático de la empresa intervencionista era inconfundible. Por lo que respecta a los jueces, Nosotros, el Pueblo *no* había autorizado la regulación estatal del mercado cuando las mayorías políticas concluían que esto sería bueno para el bienestar general de la nación; la Constitución surgida después de la Guerra Civil contenía limitaciones fundamentales a una empresa tan dudosa como esta.

Estos límites se desintegraron durante la revolución del *New Deal*. Una compleja red de doctrina, tejida por dos generaciones de jueces en el largo período que media entre 1873 y 1932, fue barrida en el espacio de una década. Si los partidarios del *laissez-faire* perdían la batalla en la asamblea legislativa, ya no podían confiar en que los tribunales revertiesen la victoria de sus oponentes. Después de la revolución del *New Deal* se hizo

manifiesto para los jueces que Nosotros, el Pueblo, había despojado de la posición privilegiada que habían tenido previamente las soluciones de libre mercado para los problemas sociales.

Lochner v. New York es el paradigma. En 1905 el Tribunal Supremo liquidó el intento de Nueva York de limitar la semana laboral a 60 horas como una violación de la libertad de contrato[1]. A finales de la era de Roosevelt, *Lochner* se convirtió en el símbolo de una era repudiada de jurisprudencia del *laissez-faire*. En lo sucesivo, los tribunales reafirmarían la autoridad del gobierno estadounidense para actuar en contra de todas las formas de explotación económica o social que fuesen condenadas por una mayoría democráticamente elegida.

Este cambio radical fue desgarrador sobre todo en lo relativo al gobierno nacional. El Tribunal Supremo nunca había negado a los estados un poder amplio (aunque no ilimitado) para supervisar la economía, pero había adoptado un punto de vista diferente respecto a la autoridad del Congreso. *Hammer v. Dagenhart* puede servir de paradigma. En 1916, el Congreso había actuado contra el trabajo infantil excluyendo los productos de este del comercio interestatal. Pero el Tribunal desbarató este empeño: «la Cláusula de Comercio no pretendía otorgar al Congreso la autoridad general para igualar… las condiciones»[2]. Si el Congreso no podía hacer nada para expresar la condena de la nación a un abuso tan escandaloso como el del trabajo infantil, es que su poder era realmente limitado. Si el *New Deal* tenía que prevalecer, esta visión limitada del gobierno no podía sobrevivir.

Y no lo hizo. A comienzos de la década de 1940 el Tribunal del *New Deal* anunció su muerte con una decisión unánime que hubiese dejado atónitos a los juristas una década antes. Pero la profesión jurídica demostró ser muy adaptable. Bajo la enérgica tutela del Tribunal, los juristas aprendieron a mirar la jurisprudencia del régimen republicano precedente con la peculiar mezcla de ignorancia y desprecio que se reserva a un precedente abandonado. Fueran cuales fuesen sus convicciones políticas personales, aprendieron rápidamente el lenguaje del *New Deal* para usarlo en las salas del Tribunal. Medio siglo más tarde, la Constitución del *New Deal* –mucho menos respetuosa con los derechos de propiedad y contrato, y mucho más respetuosa con el poder nacional– estaba perfectamente imbricada en la trama misma del sistema político moderno y determinaba las expectativas de los ciudadanos ordinarios así como las interacciones cotidianas del Presidente, el Congreso y el Tribunal Supremo.

---

[1] 198 U.S., 1905, p. 45.

[2] 247 U.S., 1918, pp. 251, 273. El Tribunal que llegó a esta decisión estuvo muy dividido, pero esta fue confirmada por el Child Labor Tax Case, 259 U.S., 1922, p. 20, por el que otro Tribunal dividido desbarató el intento del Congreso de utilizar la fiscalidad para abolir el trabajo infantil.

Todo esto está cambiando. El significado de la revolución del *New Deal* ya no es un asunto de experiencia vivida. La escena política está dominada por unas generaciones para quienes otros acontecimientos constituyeron el contexto formativo de la conciencia política: la guerra contra Hitler, la cruzada contra los comunistas, la lucha por los derechos civiles, la agonía de Vietnam, el resurgimiento de la derecha bajo Reagan. Con la conquista del Congreso por los Republicanos en 1994, las premisas del *New Deal* son objeto de una fuerte crítica legislativa. Como es habitual, estas tendencias tardan mucho más tiempo en llegar a los tribunales, aunque incluso aquí las primeras expresiones de duda resultan evidentes[3].

Es demasiado pronto para decir qué será de este rito de paso generacional. Tal vez presagia la desintegración definitiva de la doctrina del *New Deal*, lo que llevará a su conclusión al tercer gran régimen constitucional de la historia estadounidense. Tal vez hará que los estadounidenses del *New Deal* intensifiquen y profundicen su compromiso con la justicia social y el bienestar general. O tal vez llevará a algo completamente diferente. Sea lo que fuere nos depare nuestro futuro constitucional, la revolución del *New Deal* se está convirtiendo ahora en algo «histórico y propio de otra época»[4].

Lo que no significa que carezca de importancia. Mientras Estados Unidos siga siendo una democracia dualista, la muerte de una generación no consignará sus logros constitucionales al vertedero. Pero si sobrevive, no podrá seguir dependiendo de las enfáticas certezas de aquellos que estaban presentes en el momento de la creación. Solo podrán florecer gracias a los esfuerzos que hagan ciudadanos, jueces y expertos para reflexionar sobre el significado de las trazas históricas que hayan dejado detrás.

Yo me aproximo al *New Deal*, por lo tanto, con una ambición diferente a la de los casos precedentes. Previamente, el reto que me planteaba era tender un puente sobre grandes distancias históricas, y ver a los Federalistas y a los Republicanos como ellos se veían a sí mismos: como unos reformistas revolucionarios que luchaban contra unas adversidades enormes para cumplir con la voluntad de Nosotros, el Pueblo. Ahora mi problema es diferente. Reflexionaré sobre el abismo –la distancia insalvable de mortandad– que ha empezado a separar la revolución de Roosevelt de la experiencia vivida del pueblo estadounidense. No sirve de nada repetir las historias que contaban los hombres y mujeres del *New Deal* tras tomar

[3] Véase *United States v. Lopez*, 115 S.Ct., 1995, p. 1624, el primer caso desde 1937 de anulación de una ley federal por exceder la Cláusula de Comercio, lo que está provocando una nueva ronda de discusiones académicas. Véase, por ejemplo, «Symposium: Reflections on *United States v. Lopez*», *Michigan Law Review*, vol. 94, 1995, p. 554.

[4] Utilizo las palabras del juez Miller en los *Slaughterhouse Cases*. Véase el capítulo 8. Para más reflexiones sobre este tema, véase B. Ackerman, «A Generation of Betrayal?», *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997, p. 1559.

el poder en los tribunales y en las aulas de la nación; el reto es, más bien, mantenerlas a una distancia crítica.

Mi objetivo será el relato estándar de las agonías del nacimiento de la República Moderna. Los politólogos se refieren regularmente a la creación por parte del *New Deal* de la «Segunda República estadounidense»[5], pero los juristas cuentan una historia diferente. Ellos no comparan a los Demócratas del *New Deal* con los grandes creadores de régimen de siglos anteriores. Atribuyen la gran crisis constitucional de la década de 1930 a un puñado de reaccionarios del Tribunal Supremo que distorsionaron perversamente el verdadero significado de la Constitución. Oponiéndose al *New Deal*, el Viejo Tribunal de comienzos de la década de 1930 se había apartado de la línea principal de la tradición constitucional establecida por John Marshall y los otros grandes nacionalizadores de la República Temprana. ¡Si los jueces no se hubiesen apartado del camino trazado por Marshall todas esas desagradables situaciones podrían haberse evitado!

En opinión de esta línea tradicional, no hubo nada nuevo en el *New Deal*, excepto que se vio aquejado por la presencia de un grupo de jueces peculiarmente reaccionarios. Los fundadores del estado del bienestar en Estados Unidos no fueron Roosevelt y sus Demócratas, sino Marshall y los otros Federalistas que asentaron los cimientos constitucionales del poder nacional. Al redescubrir la relevancia de la tradición marshalliana después de 1937, el Tribunal del *New Deal* se fue simplemente resituando a sí mismo en la corriente principal del derecho constitucional estadounidense.

O eso es lo que nos han contado. Refiriéndome a ello como al «mito del redescubrimiento», no digo que carezca de valor. *Hay* una verdad importante en las enseñanzas de la última generación. Al situar el gobierno intervencionista sobre unos fundamentos constitucionales seguros, los creadores del *New Deal* no destruyeron todas sus conexiones legales e institucionales con el pasado a la manera, digamos, de los bolcheviques. En consecuencia, el relato profesional dominante está en lo cierto cuando apunta a los precedentes históricos de la revolución del *New Deal*, pero es profundamente engañoso cuando se centra solo en la mitad de esta verdad. Es cierto, los creadores del *New Deal* mantuvieron una serie de vínculos importantes con el pasado; pero *también* que obtuvieron el apoyo popular para una redefinición radical de los objetivos y métodos del gobierno estadounidense.

Yo apelo al mismo tipo de tratamiento equilibrado que los juristas asignan automáticamente a la década de 1780 o a la de 1860. Igual que los creadores del *New Deal*, tanto los Federalistas como los Republicanos

[5] Véase, por ejemplo, Theodore J. Lowi, *The Personal President*: *Power Invested, Promise Unfulfilled*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1985, caps. 2-5, p. xi.

conservaron muchos elementos tradicionales en su teoría y práctica constitucional, pero esto no impide a los juristas reconocer el ímpetu transformador de la Constitución original o de las enmiendas de la Reconstrucción. ¿Por qué no adoptar una actitud similar al abordar el *New Deal*? ¿Por qué pretender que fueron Marshall y sus amigos los que hicieron *todo* el trabajo constitucional?

La respuesta nos devuelve, una vez más, a la visión hipertextualista del Artículo Cinco. Dentro de este marco, los creadores del *New Deal* solo podían llevar a los estadounidenses a una identidad política revisada enmendando formalmente la Constitución. Dado que Roosevelt y compañía no siguieron este camino, los hipertextualistas se ven obligados a negar la creatividad constitucional del *New Deal* sin dignarse a investigar los hechos. Si no hay enmiendas formales, no puede haber cambio legítimo, y esto es todo.

Pero desafortunadamente las cosas no pueden ser tan simples, al menos para aquellos hipertextualistas que están condenados a vivir su vida como juristas y como jueces. En su trabajo diario, afrontan una serie interminable de doctrinas y estructuras legales que presuponen la legitimidad de la revolución del *New Deal*. Y como profesionales serios que son, no están dispuestos a comportarse constitucionalmente de modo destructivo respecto a la obra del último medio siglo. Cuando se enfrentan al abismo que separa la teoría hipertextualista de la práctica en el mundo real, muchos abogados adoptan el mito del redescubrimiento como una ficción legal conveniente. Quizá, pueden conceder, Marshall o Madison quedan un poco raros cuando se los describe como partidarios *avant la lettre* del *New Deal*, pero este es un precio a pagar aceptable por un mito que permite a los juristas modernos vindicar la constitucionalidad del moderno gobierno estadounidense. Así, pues, no seamos quisquillosos y centrémonos en el asunto de la jurisdicción constitucional a fecha de hoy en Estados Unidos dominada por el Estado regulador intervencionista. Siguiente caso.

* * * * *

Por razones obvias, estos sentimientos no aparecen impresos muy a menudo. Pero yo los he oído muchas veces en conversaciones privadas. Mi objetivo es confrontar los prejuicios hipertextualistas que hacen que un descenso a la ficción legal parezca necesario. Si Roosevelt y el Congreso no aceptaron el sistema preexistente de producción normativa de carácter superior, tampoco lo hicieron Madison y la Convención, o Bingham y la

Convención/Congreso. Quizá, tras revisar los hechos, el lector permanecerá impertérrito ante mi afirmación de que el *New Deal* es fundamentalmente similar a estos tempranos grandes actos de soberanía popular. ¿No será que el hipertextualista se precipita un poco al rechazar mi tesis partiendo de un apriorismo y sin dignarse a considerar los hechos?

Ahora es el momento de jugar una buena baza y fijarnos en el lugar en el que el hipertextualista buscaría naturalmente ayuda: en el Tribunal Supremo. Al fin y al cabo, los jueces son propensos a ser más formalistas que la mayoría de la gente. Sin duda los últimos dos siglos les han ofrecido muchas oportunidades para que aprobasen una interpretación hipertextualista del Artículo Cinco y para establecer que estos oráculos de la ley se oponen directamente a mi tesis.

Esto no es lo que encontramos en los *United States Reports*. En el caso más destacado sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo no se centra exhaustivamente en el texto, sino que emplea el razonamiento basado en precedentes al que este libro se dedica. Y lo que es aún más notable, el Tribunal subraya el carácter no convencional de los principales precedentes. En suma, el hipertextualismo no se asienta sobre nada que tenga una mínima sustancia legal: ni en la filosofía de la Fundación, ni en la historia del país, ni en las leyes escritas. Se basa en nuestra incapacidad de preocuparnos por los hechos y considerar el modo fundamentalmente consciente mediante el que los creadores del *New Deal* forcejearon con los límites impuestos a la soberanía popular por el Artículo Cinco, los cuales finalmente lograron trascender.

El rechazo formal del formalismo

Coleman v. Miller[6] llegó al Tribunal en un momento especialmente esclarecedor. Cuando se decidió el caso en 1939, Roosevelt ya había nombrado a cuatro magistrados partidarios del *New Deal* para el Tribunal: Hugo Black, Stanley Reed, Felix Frankfurter y William O. Douglas. Esto dejaba solo a dos conservadores –Pierce Butler y James McReynolds– como recuerdo de los principios constitucionales de la era del *laissez-faire*. Los tres veteranos restantes –Charles Evans, Harlan Stone y Owen Roberts– aportaron los votos decisivos en este caso. Cada grupo contribuyó con un dictamen: a la discrepancia de Butler se unió McReynolds; la opinión de Black, coincidente con la decisión de la mayoría pero fundamentada en otras razones, obtuvo no obstante el apoyo de sus colegas Frankfurter y Douglas, también

[6] *Coleman v. Miller*, 307 U.S., 1939, p. 433.

partidarios del *New Deal*, además del de Roberts; el primer magistrado Hughes proporcionó un «dictamen del Tribunal»[7].

El caso se refería a la validez de una enmienda constitucional propuesta por el Congreso en 1924 después de que el Viejo Tribunal le hubiese negado repetidamente el poder de legislar en contra de la explotación del trabajo infantil. Tratando de invalidar casos como el de *Hammer v. Dagenhart*, la enmienda propuesta no repudiaba el principio fundamental del gobierno nacional limitado. Meramente garantizaba al Congreso el «poder de limitar, regular y prohibir el trabajo de los menores de dieciocho años»[8].

Incluso esta modesta propuesta era demasiado radical para los estadounidenses de la década de 1920. A mediados de 1927, veintiséis estados habían rechazado la enmienda y solo cinco la habían ratificado[9]. La suerte de la enmienda quedó sellada, hasta el *tsunami* electoral de la década de 1930. Solo en 1933, catorce asambleas legislativas ratificaron la enmienda, y otras ocho lo hicieron en 1937[10]. Cuando Kansas votó para subirse al tren en enero, los legisladores republicanos protestaron. Kansas era uno de los estados que había rechazado la enmienda en la década de 1920, y tal como interpretaban los Republicanos el Artículo Cinco, esto significaba que el estado no podía cambiar de opinión. Pidieron al Tribunal que declarase que la propuesta de 1924 había caducado y que se requiriese al Congreso que la propusiera de nuevo si quería obtener la aprobación del Pueblo para prohibir el trabajo infantil.

Cuando los representantes de Kansas empezaron su pleito en enero de 1937, no había nada extraño en sus demandas. El Tribunal no había mostrado ningún indicio de que estuviese abandonando los principios básicos elaborados en *Hammer*. Pero poco después, el Tribunal se embarcó en una retirada masiva ante los partidarios del gobierno nacional intervencionista. Durante la primavera de 1937, una mayoría de los magistrados confirmó la *National Labor Relations Act* y la *Social Security Act* en una serie de dictámenes muy polémicos. (En los capítulos 10-12 se discute más detalladamente este cambio.) Dado este «cambio a tiempo», *Coleman* adquirió un significado más ominoso. Si el Tribunal manifestaba estar de acuerdo con los representantes de Kansas, estaría planteando dudas sobre su reciente conversión al Estado del bienestar. El desafío se hizo más agudo cuando el Congreso del *New Deal* trató una vez más de abolir legalmente el trabajo infantil mediante la *Fair Labor Standards Act* [Ley de Normas

---

[7] El juez Frankfurter también contribuyó con un dictamen que trataba de evitar cualquier referencia a los méritos, pero no obtuvo el apoyo de la mayoría. En consecuencia, todos los jueces firmaron uno de los tres dictámenes que se discuten en el texto.

[8] *Ibid.*, p. 435.

[9] *Ibid.*, p. 436.

[10] *Ibid.*, p. 451.

Justas de Trabajo] de 1938. El Congreso había actuado como si confiase en que el Tribunal ya no defendería casos como *Hammer*, y que permitiría el trabajo legislativo sin la necesidad de introducir más enmiendas constitucionales. Pero si el Tribunal hubiese atendido la queja de los representantes de Kansas, habría colocado esta suposición, y con ella la Ley de Normas Justas de Trabajo, bajo sospecha.

En cuanto a Butler y McReynolds, este no era motivo para descartar los argumentos de los representantes de Kansas. Dado que estos dos jueces conservadores nunca reconocieron la legitimidad del «cambio a tiempo», el pleito planteaba una cuestión candente: las decisiones de la era republicana que invalidaban intervenciones nacionales activistas sobre «asuntos locales» como el trabajo infantil seguirían teniendo fuerza de ley hasta que el Congreso y los estados consiguiesen promulgar una enmienda válida al Artículo Cinco. Los conservadores, además, no tenían problemas para argumentar que la enmienda propuesta sobre el trabajo infantil había prescrito después de su masivo rechazo a finales de la década de 1920, y que el Artículo Cinco requería su reaprobación por dos tercios del Congreso antes de que pudiese ser considerada por los estados para su ratificación.

De modo aún más sorprendente, los siete magistrados que aprobaron el «cambio a tiempo» no discrepaban de la opinión de los conservadores según la cual los partidarios del *New Deal* eran poco considerados con el Artículo Cinco al reavivar una propuesta que había sido rotundamente rechazada una década antes. Al mismo tiempo, no estaban en absoluto dispuestos a insistir en que el Congreso tenía que reiniciar el proceso del Artículo Cinco si confiaba en ganar autoridad reguladora sobre el trabajo infantil. Desde 1937, el Tribunal había estado trabajando duro para garantizar a la nación que los magistrados ya no defenderían la visión republicana del gobierno limitado expresada en casos como *Hammer v. Dagenhart.*

Pero habiendo transcurrido tan solo dos años, el Tribunal seguía estando bajo prueba. Seguía sin estar claro si el cambio de 1937 había sido una maniobra estratégica o un intento serio de consolidar los fundamentos constitucionales del gobierno nacional intervencionista. Las dudas se habrían convertido en una oposición política activa si los magistrados empezaban, una vez más, a estar de acuerdo con Butler y McReynolds respecto a aquellos dictámenes que proyectaban una sombra constitucional sobre la revolución del *New Deal.*

¿Cómo evitar entonces los dos peligros, tanto a Escila como a Caribdis? ¿Podía la mayoría redactar un dictamen que se abstuviese de lanzar un renovado asalto al *New Deal sin* ofender su conciencia legal e insuflando nueva vida a una enmienda que había sido repudiada tan categóricamente por los estados en la década de 1920?

Fue mérito del Tribunal que esta cuestión provocase la investigación judicial más profunda en la historia estadounidense sobre el proceso de producción normativa de carácter superior. En vez de atentar contra su integridad legal o socavar su «cambio a tiempo», los siete magistrados propusieron una nueva aproximación al Artículo Cinco. Hablando en nombre del Tribunal, el primer magistrado –el juez Hughes– declaró que los temas centrales del caso de Kansas planteaban «cuestiones políticas» y que, por consiguiente, lo más apropiado era que las resolvieran los políticos y no los jueces.

Este *núcleo normativo* (*holding*) no tenía precedentes. Durante los primeros ciento cincuenta años de la República, el Tribunal había tratado el Artículo Cinco como un texto legal estándar. Los magistrados discrepaban respecto a su significado, pero nadie dudaba de que su tarea era interpretar las órdenes del texto. Al calificar al Artículo Cinco de «político», el Tribunal no estaba repitiendo mecánicamente una fórmula tradicional. Estaba declarando que había llegado el momento de que los juristas asumieran el hecho de que nuestra tradición de producción normativa de carácter superior no podía ser confinada en el interior de una interpretación meramente legalista del Artículo Cinco.

Para remachar el tema, Hughes abordó la queja legalista de los representantes de Kansas teniendo en cuenta el pedigrí no convencional de la Decimocuarta Enmienda. Por primera (y única vez) en la historia del Tribunal Supremo, Hughes bosquejó algunos de los problemas presentados en la Segunda Parte. Destacó que los estados blancos del Sur rechazaron la Decimocuarta Enmienda la primera vez que se propuso; que el Congreso respondió erigiendo nuevos gobiernos que le daban su aprobación; que el secretario de Estado Seward respondió con una proclamación que expresaba dudas acerca de esta aprobación del Sur; que el Congreso replicó con una resolución conjunta que pretendía anular las dudas del secretario; y que Seward manifestó su conformidad en la segunda proclamación[11].

El siguiente paso de Hughes fue más significativo. Se negó a afirmar que los Republicanos de la Reconstrucción se ajustasen al Artículo Cinco cuando anularon el veto del Sur a la Decimocuarta Enmienda. Lo único que el Tribunal estuvo dispuesto a conceder fue esto:

> Esta decisión de los departamentos políticos del Gobierno respecto a la validez de la adopción de la Decimocuarta Enmienda ha sido aceptada.
>
> Creemos que, de acuerdo con este precedente histórico, la cuestión de la eficacia de la ratificación por las asambleas legislativas estatales, a la luz del rechazo anterior o del intento de retirada, debe considerarse como una cuestión política de la incumbencia de los departamentos

[11] *Ibid.*, pp. 448-449.

políticos, siendo la autoridad última la del Congreso en el ejercicio de su control sobre la promulgación de la adopción de la enmienda [...][12].

Guiada por su redescubrimiento del aspecto no convencional del pasado republicano, el Tribunal dio rápidamente cuenta del presente del *New Deal*. Igual que en la década de 1860, también en la de 1930 el Tribunal se negó a encauzar el cambio revolucionario de opinión expresado por Kansas y sus estados hermanos mediante una interpretación legalista de las estipulaciones del Artículo Cinco. Hughes dejó en manos de los «departamentos políticos» decidir si el Pueblo de Kansas en 1937 podía cambiar realmente de opinión acerca de la enmienda sobre el trabajo infantil.

Al redactar su dictamen, el primer magistrado se ciñó a las cuestiones concretas[13] planteadas por el caso de los representantes de Kansas. Esta cautela de abogado solo sirvió para provocar a los magistrados partidarios del *New Deal* Black, Frankfurter y Douglas, así como a Roberts (que había desempeñado un papel clave en el cambio de 1937). Redactando una opinion especial, Black declaró que todo el proceso de la enmienda era íntegramente «“político” [...] y que no estaba sujeto a orientación, control o interferencia judicial en ningún sentido»[14].

Durante cincuenta años, *Coleman* ha sido el «caso más destacado» del Artículo Cinco, el primer lugar al que un jurista bien preparado ha de mirar en busca de explicaciones. Sin embargo, Hughes y Black rechazan una interpretación del Artículo Cinco que no esté fundamentada en los «precedentes históricos». Cuando abordan la lucha del *New Deal* en torno a la norma superior, ambos hacen hincapié en los procesos característicos por medio de los cuales las «poderes políticos del Estado» obtenían la aceptación de nuevos principios constitucionales.

Aquí me basaré en sus perspicaces intuiciones. Igual que Hughes, buscaré orientación específica en los precedentes de la década de 1860, pero como Black no me limitaré a los problemas particulares que provocaron las quejas de los representantes de Kansas. Mostraré que la revolución del *New Deal* adquiere un significado más profundo cuando se la sitúa sobre el fondo de los «precedentes históricos» de la década de 1860. Con la ayuda de este precedente, planteo un desafío sistemático al mito del redescubrimiento, empezando por la forma en que los creadores del *New Deal* señalaron sus intenciones constitucionales en 1932 y terminando con la consolidación del nuevo régimen a comienzos de la década de 1940. Este

---

[12] *Ibid.*, pp. 449-450.

[13] En particular, el juez se centró en dos cuestiones: (1) durante cuánto tiempo podía permanecer una enmienda abierta para ser ratificada antes de prescribir; y (2) si un estado como Kansas podía cambiar de opinión y ratificar una enmienda que previamente había rechazado.

[14] *Ibid.*, p. 459.

ejercicio comparativo sugerirá que, una y otra vez, los creadores del *New Deal* elaboraron unas técnicas legitimadoras que tienen un extraño parecido con las utilizadas por los Republicanos de la Reconstrucción.

Pero la historia nunca se repite exactamente. Cuando tracemos las diferencias entre la Reconstrucción y el *New Deal* veremos que muchas de ellas son el producto de un simple accidente histórico, el asesinato de Abraham Lincoln cometido por John Wilkes Booth en el Teatro Ford. Gracias a la bala disparada por Booth, la Presidencia pasó de un republicano incondicional a un crítico cada vez más conservador, obligando al partido de la reforma revolucionaria a recurrir a un modelo de liderazgo protagonizado por el Congreso. Dado que los Demócratas del *New Deal* nunca tuvieron que afrontar las consecuencias provocadas por la bala de un asesino, Roosevelt no pudo utilizar la presidencia de la forma que Lincoln contempló sin llegar a ejecutarla.

Haciendo hincapié en el significado del liderazgo presidencial, voy más allá del Tribunal que juzgó el caso *Coleman* en un segundo sentido. Si bien Hughes destacó correctamente el papel desempeñado por el Congreso de la Reconstrucción en la superación de las dudas legales de Seward acerca de la Decimocuarta Enmienda, ignoró el papel del liderazgo presidencial en la propuesta y en la ratificación de la Decimotercera Enmienda. Esta obsesión por el Congreso es atribuible a la atención limitada que pone Hughes en los temas concretos planteados por el caso *Coleman*. El intento de los representantes de Kansas de cambiar de opinión respecto a la enmienda sobre el trabajo infantil recordaba naturalmente cambios estatales similares respecto a la Decimocuarta Enmienda. Pero nada en el caso de Kansas invitaba a Hughes a recordar los usos no convencionales de la autoridad presidencial en la lucha por la Enmienda de la Emancipación. Cuando reflexionemos de un modo más amplio sobre los paralelismos institucionales entre la década de 1860 y la de 1930, la importancia de la Presidencia parecerá inequívoca.

¿Aprendiendo de la Reconstrucción?

Empecemos con la señalización: ¿en qué momento colocan los Republicanos de la Reconstrucción y los Demócratas del *New Deal* sus agendas constitucionales en el centro mismo de la escena política?

En ambos casos fue con la victoria presidencial: la de Lincoln en 1860 y la de Roosevelt en 1932. En ninguno de los dos casos este triunfo inicial representa un respaldo masivo a la solución constitucional definitiva consolidada una década más tarde. Al contrario, estas elecciones señalizadoras

ni siquiera se centraron en las propuestas que acabarían prevaleciendo. El programa republicano de 1860 renunciaba a cualquier intento de atacar la esclavitud en aquellos estados en los que estaba en vigor. Los Demócratas no advirtieron a los votantes de las intenciones de Roosevelt para sus primeros cien días. Tanto en 1860 como en 1932, las victorias presidenciales sirvieron más para introducir nuevas opciones constitucionales en la agenda que para legitimar nuevas soluciones.

En este sentido, son análogas a la disposición del Artículo Cinco que autoriza a las dos terceras partes de los estados a convocar una nueva convención como la de Filadelfia. Dicha convocatoria señalaría la necesidad de una reconsideración fundamental, igual que hicieron las elecciones iniciales de Lincoln y Roosevelt. Naturalmente, estas señales pueden no llevar a ninguna parte; a veces ni siquiera generan una propuesta constitucional seria, y mucho menos la consolidación efectiva de una nueva solución.

Pero después de 1860 y de 1932, Republicanos y Demócratas dirigieron el proceso hacia la fase de la propuesta de formas muy similares. Tanto Lincoln como Roosevelt dedicaron su primer mandato a un notable conjunto de innovaciones constitucionales, pero ninguno de los dos dedicó mucho tiempo al Artículo Cinco. Las emergentes visiones republicana y demócrata de «una Unión más perfecta» se elaboraron mediante una interacción dinámica entre el Presidente y el Congreso. Igual que Lincoln y que los Congresos del tiempo de guerra, Roosevelt y los Congresos del *New Deal* trataron de movilizar al Pueblo a favor de una amplia serie de iniciativas activistas que constituían un desafío profundo al *statu quo* constitucional.

Igual que había sucedido antes, este desafío provocó una fuerte respuesta de los conservadores en otras instituciones clave. En la década de 1930, este desafío no vino de unos sureños dispuestos a luchar por su interpretación centrada en los estados de la Unión; vino de una judicatura conservadora dispuesta a defender la constitución heredada de una época anterior centrada en la propiedad. Afortunadamente, la oposición conservadora no desencadenó una segunda guerra civil, esta vez entre clases sociales y no entre regiones geográficas. Pero, igual que en la década de 1860, la resistencia institucional exageró la distancia tomada por el *New Deal* respecto a normas constitucionales anteriores, y puso a prueba la seriedad del compromiso público con la reforma revolucionaria. Cuando el Tribunal Supremo empezó a revocar un buen número de innovaciones del *New Deal*, el Presidente y el Congreso podían haber dado un paso atrás respecto a su visión de un gobierno nacional intervencionista, del mismo modo que los Republicanos podían haber dado un paso atrás respecto a su compromiso con la emancipación y la «protección igual» a la luz de la resistencia sudista durante y después de la Guerra Civil. En vez de ello, los creadores del *New Deal* tomaron un camino que en tiempos más normales

habría sido un suicidio político. Respondieron promulgando una segunda ronda de reformas revolucionarias durante los segundos cien días, aumentando la tensión institucional existente entre reformistas y conservadores.

Aquí es donde divergen los caminos institucionales tomados por los Republicanos de la Reconstrucción y los Demócratas del *New Deal*. Tras el asesinato de Lincoln, los Republicanos perdieron el control de la Presidencia mientras que Andrew Johnson se convertía en el principal exponente de una visión conservadora de la Constitución. Por razones analíticas, pondré entre paréntesis esta gran diferencia para identificar los hilos comunes que siguen conectando estos dos relatos.

Empecemos por el papel de las elecciones desencadenantes. Del mismo modo que los Republicanos del Congreso utilizaron su triunfo electoral en 1866 para reivindicar que tenían un mandato del Pueblo, lo propio hizo Franklin Roosevelt en 1936. Al regresar a Washington, tanto Republicanos como Demócratas afrontaron el mismo problema. Las ramas conservadoras del gobierno, operando en función de un calendario constitucional diferente, siguieron bloqueando la reforma revolucionaria. Dada su pérdida de la Presidencia, los Republicanos de la Reconstrucción estaban en peores condiciones que los Demócratas del *New Deal*, ya que ellos tuvieron que hacer frente no solo a un Tribunal adverso, sino a un Andrew Johnson agresivamente hostil.

Teniendo en cuenta este cambio, podemos ver que ambos partidos abordaron el problema del mismo modo, amenazando a la rama conservadora con un cambio de personal. La amenaza de *impeachment* de los Republicanos era funcionalmente equivalente a la amenaza de los Demócratas de ampliar el número de magistrados del Tribunal. En ambos casos, se trataba de un intento de alterar el equilibrio constitucional sin esperar a la celebración de unas nuevas elecciones. Y de un modo aún más notable, estas amenazas no convencionales engendraron una respuesta idéntica. Las ramas conservadoras cambiaron súbitamente de marcha con un «cambio a tiempo» que hizo posible que la revolución constitucional siguiera adelante.

Los paralelismos continúan en la fase de la consolidación. Al cambiar, las ramas conservadoras eludieron el daño institucional permanente: tanto el *impeachment* como la ampliación del número de magistrados del Tribunal fracasaron por un escaso margen en el Senado. El partido de la reforma constitucional, a su vez, continuó ganando elecciones. Así, los Republicanos recuperaron el control de la Presidencia en 1868 y su dominio del Congreso no empezó a decaer hasta 1874. Los Demócratas, por supuesto, lo hicieron aún mejor. Esto significó que ambos partidos pudieron consolidar su control sobre el Tribunal Supremo, aunque los

Demócratas del *New Deal* consiguieron evitar la flagrante ampliación del número de magistrados realizada durante el gobierno de Grant. Cuando la última reliquia del Viejo Tribunal se jubiló en 1941, el terreno estaba preparado para el acto final de la consolidación jurídica. Del mismo modo que los *Slaughterhouse Cases* de 1873 acabaron decisivamente con todas las polémicas legales en torno a la validez de la transformación llevada adelante por el Partido Republicano, la misma consecuencia tuvieron las decisiones unánimes del Tribunal del *New Deal* en defensa del gobierno nacional intervencionista a comienzos de la década de 1940.

En ese momento el partido conservador necesitaría mucho más que unas cuantas victorias electorales para debilitar al régimen constitucional, que se encontraba en una fase ascendente. Se necesitaba un esfuerzo movilizado del pueblo estadounidense igual en fuerza, pero opuesto en dirección, al movimiento que estableció el régimen republicano/demócrata.

El punto de vista del Artículo Cinco

Podemos empezar ahora a triangular nuestro problema considerando la relación entre el *New Deal* y la Fundación. Hablando en general, los esfuerzos realizados en el proceso de producción normativa de carácter superior de la década de 1930 rompieron de dos maneras con las premisas del Artículo Cinco.

La primera comportaba una ruptura con el sistema de las instituciones autorizantes de la Fundación. El Artículo Cinco se basa en una premisa federalista: para hablar en nombre del Pueblo, un movimiento tiene que ganarse el consentimiento de las instituciones nacionales y también de las estatales. Los creadores del *New Deal* tuvieron una actitud más centrada en la nación, y utilizaron una serie de victorias electorales nacionales como mandatos que en última instancia indujeron a las tres ramas del gobierno nacional a reconocer que el Pueblo había refrendado el gobierno nacional intervencionista. Así, pues, en la medida en que los juristas modernos supongan que, para tener éxito, los movimientos populares han de adoptar una senda federalista en su camino hacia la autoridad de la producción normativa de carácter superior, nunca superarán este primer escollo a un reconocimiento maduro de la creatividad constitucional del *New Deal*.

Pero no tendría que ser muy difícil superar este escollo. Como hemos visto, fueron los Republicanos de la Reconstrucción y no los Demócratas del *New Deal* los primeros que establecieron que Nosotros, el Pueblo podía hablar por medio de las instituciones nacionales y exigir que los estados aceptasen la primacía de la ciudadanía estadounidense. Si los Republicanos

de la Reconstrucción podían utilizar las instituciones nacionales para legitimar sus demandas, ¿por qué no podían hacer lo mismo los Demócratas del *New Deal*, especialmente cuando habían conseguido el apoyo sostenido de mayorías en *todas* las regiones del país, mientras que los Republicanos tenían mucho mayor respaldo en el Norte que en el Sur?

Lo que nos lleva a un segundo aspecto de la ruptura del *New Deal* con el Artículo Cinco. Aunque los Republicanos de la Reconstrucción repudiaron las premisas federalistas de la Fundación, rindieron tributo a la memoria de sus reformas revolucionarias situándolas en paquetes legales parecidos a las enmiendas elaboradas de acuerdo con Artículo Cinco, que llevan los números XIII y XIV, y las colocaron en una secuencia formal con otras enmiendas de pedigrí menos incierto[15]. En cambio, cuando los juristas modernos tratan de recordar la contribución del *New Deal*, no se refieren tanto a textos que plantean enmiendas al Artículo Cinco, sino en los *dictámenes judiciales transformativos* escritos después de la crisis de la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo. Estos grandes casos marcan el momento institucional decisivo en el que el Tribunal Supremo se unió a los otros poderes del Estado en el rechazo de la visión republicana del gobierno limitado, simbolizada en los casos *Hammer v. Dagenhart* y *Lochner v. New York*. Efectivamente, a los jueces modernos les inquieta más la acusación de que apliquen las pautas de interpretación del caso *Lochner* que no la de que ignoran las intenciones de aquellos federalistas y republicanos que redactaron los textos formales. Para subrayar este punto, diré que los dictámenes transformadores emitidos por el Tribunal del *New Deal* funcionan como *análogos a la enmienda* que fortalecen unos significados constitucionales del mismo modo, simbólicamente poderoso, que las enmiendas al Artículo Cinco.

Indudablemente, este uso que hace el *New Deal* de los análogos de enmienda requiere una revaluación reflexiva de determinadas banalidades, entre las que se incluye la dilucidación del sentido en que puede decirse que los estadounidenses viven sujetos a una constitución *escrita*. Dos siglos después de la Fundación, esta banalidad sigue siendo válida solo desde una interpretación amplia del canon constitucional. El corpus de textos autorizados incluye no solamente aquellas enmiendas formales generadas por el procedimiento del Artículo Cinco, sino también: (a) los *simulacros de enmienda* generados por los Republicanos según los procedimientos nacionalistas desarrollados durante la Reconstrucción; y (b) los dictámenes transformadores que sirven como *análogos a la enmienda* según los

[15] También hay problemas con la Decimoquinta Enmienda, pero una discusión más elaborada no modifica excesivamente mi argumento general. Para un tratamiento estándar, aunque inadecuado, de esta cuestión, véase William Gillette, *The Right to Vote: Politics and the Passage of the Fifteenth Amendment*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1969.

procedimientos nacionalistas desarrollados por los Demócratas durante la Gran Depresión. En la medida en que los juristas sigan aceptando los simulacros de texto generados por los Republicanos de la Reconstrucción, no deberían rechazar a la ligera los análogos a la enmienda generados por los Demócratas del *New Deal*.

Especialmente cuando este uso de los dictámenes transformadores tiene algunos precedentes en la historia constitucional estadounidense. Como ya hemos visto, los dictámenes del Tribunal republicano en los *Legal Tender* y *Slaughters Cases* desempeñaron funciones constitucionales análogas hacia el final de la Reconstrucción; e incluso antes de la Guerra Civil, los dictámenes del Tribunal presidido por Taney habían servido para codificar el significado constitucional de la democracia jacksoniana[16].

Mirando más allá de los límites del derecho constitucional, hay otros casos en los que los dictámenes judiciales sustituyen a los textos legislativos formales. Consideremos el problema que se plantea cuando los jueces se ven obligados a coordinar normas legales con la tradición del derecho común. En esta situación familiar, los tribunales de derecho común recurren normalmente a los casos más comunes siempre que encuentran un vacío en un esquema legal[17]. En realidad, este uso de los precedentes judiciales en ausencia de normas legales es el rasgo individual más distintivo de los sistemas legales anglo-americanos respecto a los que predominan en Europa. Desde esta perspectiva, es preferible ver la innovación que representa el *New Deal* como otro de los casos en los que los juristas estadounidenses, en momentos de crisis, adaptan creativamente ideas tradicionales (aquí, el uso del derecho común en casos en los que no hay normas legales claras) con propósitos constitucionales nuevos (aquí, el uso de casos en ausencia de enmiendas formales). Y si bien esta adaptación no convencional constituye un desafío a la teoría constitucional, se trata de un tipo de desafío que ha permitido al pueblo estadounidense mantener una misma identidad constitucional durante los últimos dos siglos.

Fundamentos institucionales de los análogos a la enmienda

La revolución del *New Deal*, por lo tanto, rompió con el Artículo Cinco de dos formas diferentes: (1) sustituyó un modelo de liderazgo asambleario

---

[16] Véase mi *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., pp. 100-103.

[17] De hecho, todos los abogados expertos en derecho común están familiarizados con episodios en los que los tribunales ingleses y estadounidenses han incorporado, a lo largo de los siglos, antiguas normas legales en el marco del propio derecho común, hasta el punto de que muchos dictámenes judiciales decisivos han desplazado completamente a los textos legales en el plano de la autoridad legal operativa.

basado en un diálogo entre la nación y los estados por un modelo de liderazgo presidencial; (2) utilizó dictámenes transformativos como análogos de enmienda. La siguiente cuestión es saber si (1) y (2) están relacionados. Mi respuesta es sí: (2) es una manifestación epifenoménica de (1). En vez de una aparente ruptura formal inexplicable con el Artículo Cinco, el desarrollo de los dictámenes transformativos del Tribunal del *New Deal* fue una respuesta orgánica al ascenso del liderazgo presidencial en el proceso de producción normativa de carácter superior.

Un triste experimento mental nos ayudará a recalcar este punto. Supongamos que, a comienzos de 1935, Roosevelt hubiese corrido la misma suerte que corrió Lincoln en el Teatro Ford. Mientras estaba promoviendo un programa de mejora de la Administración, es abatido a tiros por un republicano extremista convencido de que Roosevelt está llevando a la nación al fascismo. El país asiste atónito al juramento como nuevo presidente de John Nance Garner. El ritual de la toma de posesión evoca en muchos sentidos el clima de la Reconstrucción. Garner es el primer político sureño desde Andrew Johnson que ocupa la Casa Blanca, y la ha ganado del mismo modo que Johnson. Igual que este, debe su nombramiento como vicepresidente al deseo de su partido de «equilibrar» una candidatura encabezada por un progresista del Norte con un tradicionalista del Sur[18].

Tras un breve período de luto, el conservadurismo de Garner se hace evidente. Cuando el Tribunal Supremo declara inconstitucional la *National Industrial Recovery Act* [Ley Nacional de Recuperación Industrial] en la primavera de 1935, Garner no secunda al Congreso del *New Deal* en sus segundos cien días de creatividad, que produce hitos modernos tan destacados como la *National Labor Relations Act* [Ley Nacional de Relaciones Laborales] y la *Social Security Act* [Ley de la Seguridad Social]. En vez de ello, trata de organizar una coalición contraria al *New Deal* compuesta por Republicanos y Demócratas conservadores. Denunciando estas dos leyes como inconstitucionales, Garner emite una serie de vetos basados en dictámenes anteriores del Tribunal Supremo. ¿Cómo habrían reaccionado en el Congreso los partidarios del *New Deal*?

De la misma forma que reaccionaron los Republicanos a los vetos del presidente Johnson a la *Civil Rights Act* y al *Freedmen Bureau Bill* [proyecto de ley de la Oficina de los Libertos]. Dado este ataque del Presidente, los Republicanos no tenían otra opción que proponer que la Decimocuarta Enmienda sirviese de plataforma para hacer un llamamiento electoral al Pueblo. Igual que sus combativos predecesores, los Demócratas liberales no habrían permitido que un presidente «accidental» volviese el lenguaje de

---

[18] Véase Arthur Schlesinger, *The Age of Roosevelt: The Crisis of the Old Order*, Boston, Houghton Mifflin, 1957, pp. 308-309.

la ley constitucional en contra de su movimiento. Si el presidente Garner, con la ayuda de un Tribunal Supremo tradicionalista, hubiera llamado al pueblo estadounidense a defender los principios de la Constitución tradicional, los Demócratas reformistas habrían respondido con una enmienda del *New Deal* que sirviese de plataforma para la decisiva batalla electoral que iba a producirse en 1936. Y si hubiesen ganado esta batalla, se habrían sentido tentados a llevar a cabo una serie de acciones extraordinarias para conseguir la aprobación de las tres cuartas partes de los estados[19].

Como veremos, el Congreso del *New Deal* consideró seriamente la posibilidad de presentar enmiendas formales durante la crisis constitucional. Diferiré un estudio de estos ejercicios a tenor del Artículo Cinco a un momento posterior, ya que el escenario Garner/Johnson basta para sugerir el vínculo existente entre el ascenso de la Presidencia y la sustitución de las enmiendas formales por los dictámenes transformativos.

El éxito de Roosevelt al mantener el control sobre la Presidencia cambió los incentivos de la producción normativa de carácter superior de dos maneras relacionadas entre sí. En primer lugar, dado que el Congreso del *New Deal* no estaba librando una lucha a vida o muerte con un Presidente conservador, carecía de un estímulo importante para proponer una enmienda formal como parte de su defensa en contra de un ataque presidencial. Podía permitirse seguir el ejemplo del líder de su partido en la Casa Blanca. En segundo lugar, si el Presidente y el Congreso colaboraban, el nombramiento de nuevos magistrados podía estar firmemente bajo el control reformista. Esto significaba que los creadores del *New Deal* tenían una baza que no estaba a disposición de los Republicanos de la Reconstrucción. En vez de seguir adelante con el Artículo Cinco, podían designar para la judicatura a una serie de defensores del *New Deal* que podrían refrendar las reformas revolucionarias mediante una serie de dictámenes judiciales trascendentales. Pero de momento, la elección particular de los defensores del *New Deal* no es importante. Lo importante es el cambio institucional subyacente que dio a la democracia del *New Deal* un nuevo grado de libertad de producción normativa de carácter superior.

---

[19] A diferencia de los Republicanos de la Reconstrucción, el Congreso demócrata de 1937 tenía una magnífica oportunidad para obtener la aprobación de las tres cuartas partes de los estados. Véanse los capítulos 11-12 *infra*. Si no hubiesen podido conseguir esa mayoría cualificada, habrían tenido que hacer frente a la misma decisión a la que se vieron confrontados los Republicanos de la Reconstrucción: ¿tendrían que utilizar medidas no convencionales para inducir a los estados discrepantes a cambiar su voto sobre sus hipotéticas enmiendas del *New Deal*? Al tomar esa decisión, el Congreso del *New Deal* habría tenido una amplia gama de opciones dignas de considerar. Por ejemplo, en vez de intervenir con el Ejército de la Unión, como en la Reconstrucción, el Congreso podría haber amenazado a los estados discrepantes con un recorte de la totalidad de los fondos federales hasta que diesen su consentimiento a las Enmiendas. Tal técnica habría violado los principios fundamentales del Artículo Cinco, si bien no de una forma tan ostensible como los acontecimientos de la década de 1860.

Los Republicanos contemplaban la cuestión de la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo de un modo muy diferente después de la Guerra Civil. Cuando Johnson desertó de la coalición reformista en 1866, estaba decidido a cubrir las plazas vacantes con unos magistrados conservadores que anularían las leyes de la Reconstrucción y sabotearían la ratificación de la Decimocuarta Enmienda. Cuando la muerte del magistrado John Catron dio a Johnson una primera oportunidad, los Republicanos respondieron con una notable ley para «reducción del tamaño» del Tribunal. En estas circunstancias, la vacante dejada por Catron simplemente desaparecía, y el tamaño del tribunal seguiría disminuyendo con cada muerte o dimisión hasta quedar reducido a siete magistrados. La ley no solo impedía a Johnson cubrir las vacantes, sino que hacía posible que los Republicanos volviesen a ampliar a nueve los magistrados cuando Grant recuperase la Casa Blanca en 1869. Esto facilitó que el Tribunal consolidase la Decimocuarta Enmienda en el caso de los mataderos[20].

Esta historia descollante nos ayuda a redondear nuestros dos modelos de cambio no convencional. Bajo el modelo de la Reconstrucción de liderazgo del Congreso, los reformadores tratan de *reducir* el tamaño del Tribunal para impedir que nuevos nombramientos presidenciales fortalezcan el constitucionalismo conservador. Pero con el modelo del liderazgo presidencial, es la ampliación de la composición del Tribunal, y no su reducción, lo que se convierte en una herramienta funcional para traducir la política constitucional en ley constitucional. A veces, el movimiento ascendente procede realmente a ampliar al Tribunal, como hicieron los Republicanos con Grant. A veces solo amenaza con ampliarlo y da un paso atrás cuando el Tribunal lleva a cabo su propio cambio a tiempo, como sucedió durante el *New Deal*. Pero en ambos casos, las opiniones del Tribunal Supremo pueden hacer las veces de equivalentes funcionales de las enmiendas formales, cambiando de manera espectacular y fidedigna los términos del desarrollo doctrinal durante las generaciones venideras.

La sustitución por parte del *New Deal* de las enmiendas formales por los dictámenes transformativos no fue el resultado de un fracaso inexplicable para adaptarse a los términos del Artículo Cinco. Fue una elaboración creativa de los cambios en el proceso de producción normativa de carácter superior iniciada mucho antes en la historia estadounidense. La batalla por la Reconstrucción, y no la Gran Depresión, llevó primero al Congreso, al Presidente y al Tribunal a desarrollar nuevos procedimientos de producción normativa de carácter superior más en consonancia con la voluntad constitutiva de Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos*. Las innovación básica del *New Deal* fueron consecuencia del mayor éxito de los Demócratas en el mantenimiento de su control sobre la Presidencia durante el período de creatividad constitucional.

---

[20] Véase el capítulo 8.

Volviendo las tornas sobre la Reconstrucción

He estado siguiendo al presidente del Tribunal Supremo, el juez Hughes, en su tratamiento de la Reconstrucción como un «precedente histórico» de las actividades de producción normativa de carácter superior de la década de 1930. Llegados a este punto, podemos invertir el enfoque y utilizar nuestro análisis de la década de 1930 para enriquecer nuestra interpretación de la década de 1860. Si la práctica del liderazgo presidencial es una parte tan central de la historia constitucional del siglo XX, ¿por qué no iba esto a ser cierto respecto al siglo XIX? En particular, ¿por qué fue el Congreso, y no el Presidente, el portavoz más destacado del cambio constitucional durante los años críticos de la posguerra?

Probablemente sería un error ignorar el papel jugado por John Wilkes Booth en este asunto. Antes del asesinato, la dinámica constitucional del gobierno de Lincoln estaba evolucionando de acuerdo con la línea presidencialista más tarde desarrollada por Roosevelt. La victoria de Lincoln en 1860 no solo sirvió como una señal constitucional al igual que la de Roosevelt en 1932, sino que su intento de iniciar una nueva era de libertad para los negros se elaboró institucionalmente de manera parecida al intento de este último de iniciar una nueva era para la clase trabajadora. Recuérdese que la Decimotercera Enmienda solo fue propuesta en una de las últimas sesiones del 38º Congreso *después* de que Lincoln hubiese llevado al Partido Republicano a una victoria decisiva en las elecciones de 1864. Durante el primer mandato de Lincoln, los Republicanos procedieron de una manera muy parecida a la propia de los artífices del *New Deal*, siendo muy conscientes de la amenaza que representaba su programa para los conservadores del Tribunal Supremo. Cuando la muerte de Roger Taney en 1863 ofrece a Lincoln la oportunidad de designar a un republicano como presidente del Tribunal, se vislumbran los inicios de una estrategia que se desarrollaría de un modo más completo durante la década de 1930. Lincoln nombró al juez Salmon P. Chase básicamente porque «[…] queremos un primer magistrado que mantenga lo que hemos hecho respecto a la emancipación y a la política monetaria»[21].

No es fácil decir si Lincoln podría haber mantenido el liderazgo presidencial sobre el Congreso durante su segundo mandato. De haberlo hecho se habría encontrado en la misma encrucijada constitucional con que se encontraría Roosevelt más tarde. Por un lado, podría haber seguido

[21] Carta a Boutwell, citada por Charles Warren, *The Supreme Court in United States History*, Boston, Little, Brown, and Co., 3 vols., 1922, ed. rev., vol. 2, 1928, pp. 400-401. Los artífices del *New Deal* eran muy conscientes de este precedente. Véase, por ejemplo, Robert Jackson, *The Struggle for Judicial Supremacy*: *A Study of a Crisis in American Power Politics*, Nueva York, Alfred A. Knopf, Inc., 1941, p. 32.

el camino marcado por el Artículo Cinco, alentando a la Convención/ Congreso a proponer una «Decimocuarta Enmienda». Por otro lado, podría haber tratado de asegurar la sustancia legal de la «Decimocuarta Enmienda» guiando al Senado a nombrar una serie de Republicanos en el Tribunal[22]. En este escenario, el Congreso de la Reconstrucción no habría promulgado la ley «reductora del Tribunal» que su homólogo histórico utilizó como un arma no convencional contra Andrew Johnson. Habría mantenido el tamaño del Tribunal –que, gracias a una ley de 1864, no era de nueve miembros, sino de diez– y habría aprobado el nombramiento de Lincoln de una serie de radicales republicanos a la judicatura[23]. En realidad, nada impedía ampliar el Tribunal aún más, de diez a quince miembros, por ejemplo. Ciertamente, esta iniciativa no era tan poco convencional como otras muchas tomadas por los Republicanos en su lucha por la Decimocuarta Enmienda[24].

Supongamos que Lincoln y los Republicanos del Congreso hubiesen tomado la segunda opción, y consideremos cómo podría haber sido en ese caso la Reconstrucción. En vez de que el Congreso propusiera la primera frase de la Decimocuarta Enmienda que garantizaba a los estadounidenses la ciudadanía nacional y estatal, un Tribunal Supremo de Lincoln reconstituido podría haber conseguido el mismo resultado mediante una inversión categórica de *Dred Scott* y una poderosa elaboración judicial de la naturaleza de la ciudadanía estadounidense en la Unión Republicana. En vez de la garantía de una enmienda formal a la «protección igual» y al «proceso debido», el Tribunal de Lincoln podría haber proclamado que estas protecciones eran «privilegios e inmunidades esenciales de los ciudadanos de Estados Unidos». En suma, la Reconstrucción se habría parecido mucho al *New Deal*, en el que los dictámenes transformativos, no las enmiendas formales, fueron los principales monumentos erigidos al sentido constitucional.

Si Lincoln hubiese adoptado esta línea de acción –y sus observaciones acerca del nombramiento de Chase sugieren que la idea le había pasado por la cabeza– esto plantearía una cuestión muy interesante: ¿habría sido esto bueno para el derecho estadounidense?

---

[22] Además de los principios fundamentales de las secciones una, cuatro y cinco, la Decimocuarta Enmienda contenía, en las secciones dos y tres, restricciones al poder político de los blancos del Sur una vez que la región recuperase su representación en el Congreso. Incluso Andrew Johnson reconocía que era lógico proponer una enmienda al Artículo Cinco para resolver estas últimas cuestiones, y Lincoln habría hecho indudablemente lo mismo.

[23] El Congreso amplió el Tribunal para permitir el nombramiento del juez Field de California, Ch. Fairman, *History of the Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1868*, cit., Primera Parte, p. 4

[24] De hecho, esta propuesta la hizo el senador Charles Drake como parte del debate que llevó finalmente a la reampliación del Tribunal en 1869 (40th Congress, 3rd Sess, *Congressional Globe*, p. 1484). Aunque su propuesta fue rechazada (*ibid.*, p. 1487) nadie pareció escandalizarse.

Quizá sí, quizá no. Los juristas actuales habrían tenido que vivir sin el texto formal de la Decimocuarta Enmienda y el Tribunal Supremo moderno no habría podido recurrir a fórmulas canónicas como la de «protección igual» en casos como *Brown v. Board of Education*. Pero tendríamos a nuestra disposición unos recursos legales de los que ahora carecemos. Cuando los juristas miran hacia atrás, a finales de la década de 1860, no encuentran un intento sostenido por parte del Tribunal presidido por Chase de elaborar los ideales republicanos que tantos sacrificios le habían costado al pueblo estadounidense. Si mi hipotético Tribunal de Lincoln hubiese desempeñado esta función transformativa con la elocuencia de otros grandes dictámenes, ¿no habría servido su categórica afirmación de igual ciudadanía nacional como un *mejor* monumento a la Reconstrucción que las crípticas fórmulas que nos ha dejado la Decimocuarta Enmienda?

Nunca lo sabremos. Lo único que sabemos es que John Wilkes Booth privó a Lincoln de la oportunidad de llevar la Reconstrucción a una conclusión, dejando que Johnson generase un patrón fáctico que se da con suficiente frecuencia para merecer un nombre especial: *la excepción vicepresidencial*. El patrón surge porque la vicepresidencia se utiliza regularmente como premio de consolación para candidatos, regiones e ideologías que no consiguen obtener la nominación presidencial. En su momento de triunfo en la convención del partido, el candidato presidencial ganador no está de humor para contemplar su muerte; pero sí es consciente de la necesidad de maximizar sus posibilidades electorales «equilibrando la candidatura» con un candidato a vicepresidente que atraiga a unos electores diferentes. Esto significa que la muerte del Presidente no lleva a un ferviente partidario del fallecido a la Casa Blanca, sino que habitualmente produce la sucesión de alguien muy diferente. El episodio Lincoln-Johnson proporciona el ejemplo más trágico, pero otros han resultado ser más trascendentales: McKinley-Roosevelt, Kennedy-Johnson, por ejemplo[25]. El sucesor vicepresidencial puede ser más reformista o más conservador, pero en cualquier caso, el sistema sufre un *shock* y los participantes tienen que esforzarse para alcanzar un nuevo equilibrio político. Desde este punto de vista, la decisión del Congreso de proponer la Decimocuarta Enmienda parece un intento brillante, aunque más bien desesperado, de adaptarse no convencionalmente a una situación excepcional: *teniendo en cuenta* la bala del asesino y *dado* el conservadurismo de Johnson, existía el grave peligro de que el sistema institucional se escapase del control de la mayoría movilizada de estadounidenses. Si *alguien* en Washington tenía que defender la visión del Partido Republicano en 1866, era la Convención/Congreso; si el sistema de producción normativa de carácter superior tenía que registrar

[25] Para unas observaciones sobre las implicaciones insuficientemente estudiadas del asesinato de Garfield, véase el capítulo 8, nota 127.

algún cambio constitucional fundamental antes de la siguiente ronda de elecciones adoptaría la forma de un simulacro del Artículo Cinco. Para recalcar este punto diré que la experiencia de la Decimocuarta Enmienda, que culmina en un simulacro de enmienda, es mejor considerarla como el ejemplo más dramático de las consecuencias constitucionales de la excepción de la vicepresidencia.

Si esto es correcto, el culto del hipertextualista al Artículo Cinco aparece bajo una luz peculiar, pues da un peso decisivo a los trágicos accidentes de la historia estadounidense. Al fin y al cabo, Roosevelt también fue el blanco de un asesinato y solo escapó por los pelos a la bala fatal[26]. Si su atacante hubiese sido un buen tirador, y el de Lincoln un mal tirador, el hipertextualismo moderno tendría un sesgo muy diferente. Habría instado a los intérpretes modernos a centrarse sobre todo en el texto de las enmiendas del *New Deal*, y a lanzar una mirada escéptica a las invocaciones del Tribunal presidido por Chase a la protección igual.

Pero sin duda los juristas estadounidenses deben más a sus conciudadanos que a un formalismo tan inepto. En vez de librarnos a las certezas hipertextualistas, deberíamos explorar pacientemente los hechos que rodean a la revolución del *New Deal* antes de pronunciarnos confiadamente sobre las afirmaciones relativas a su creatividad constitucional. Esto parece especialmente importante cuando el modelo de Roosevelt de liderazgo presidencial puede servir como una guía más fiable a futuros ejercicios de política constitucional. Es de esperar que no haya un asesino dispuesto a atacar a la Presidencia justo cuando el Pueblo se esté preparando para tomar decisiones constitucionales decisivas. Si tenemos suerte, el modelo de liderazgo del Congreso, tal como lo ejemplifica la Decimocuarta Enmienda, será un acontecimiento poco común, mientras que nuestro caso de estudio presidencialista de la década de 1930 puede muy bien ser *el* «precedente histórico» de futuras revoluciones constitucionales.

Esta conclusión provisional se ve reforzada por episodios más recientes de la historia estadounidense. Cuando Ronald Reagan llevó a sus compatriotas a repensar una serie de elementos fundamentales de su legado constitucional, no puso un énfasis excesivo en el Artículo Cinco, sino que se basó más en los precedentes heredados de la revolución de Roosevelt. Por supuesto, Reagan invocó el modelo rooseveltiano para invitar a una reconsideración de los principios mismos del *New Deal* que Roosevelt había conseguido constitucionalizar. Sin embargo, esta paradoja solo sugiere lo profundamente que los «precedentes históricos» del *New Deal* se han afianzado en la cultura constitucional.

---

[26] Véase A. Schlesinger, *The Age of Roosevelt: The Crisis of the Old Order*, cit., pp. 464-466.

Y lo mismo puede decirse de la suerte de la «Revolución Republicana» de 1994. Los Republicanos llegaron al poder en el Congreso con todas las banderas nacionales desplegadas: el presidente de la Cámara de Representantes se definió como un «revolucionario», esgrimiendo un nuevo contrato social con Estados Unidos y pidiendo que se cumpliese. Si un Presidente hubiese llegado al poder con similares auspicios, habría sido una figura realmente formidable. Sin embargo, la facilidad con la que Gingrich fue derrotado por un hábil pero no muy popular presidente Clinton sugiere una vez más lo difícil que es que un movimiento revolucionario triunfe sin controlar la Presidencia.

No tengo la menor idea de cómo acabarán las actuales batallas por el futuro de Estados Unidos en las próximas décadas. Pero las pautas recientes de nuestra política proporcionan motivos adicionales para una seria confrontación con los precedentes del *New Deal*, no solo para definir su significación perdurable, sino también para someter el modelo en evolución del liderazgo presidencial a una indagación crítica. ¿Cuáles son los peligros de este modelo? ¿Es posible reformarlo?

X
REPENSAR EL *NEW DEAL*

El ascenso del liderazgo presidencial

En el capítulo anterior cuestionábamos el mito del redescubrimiento que empaña nuestra visión de la década de 1930. Si la Convención de Filadelfia y John Marshall proporcionaron algunos de los fundamentos constitucionales del gobierno contemporáneo, las decisiones cruciales las tomaron estadounidenses del siglo XX. Si hay una persona que puede ser considerada como el fundador del Estado intervencionista moderno, es Franklin Roosevelt, no James Madison; si hay una asamblea, es el Congreso del *New Deal* y no la Convención de Filadelfia; si hay un magistrado, es Hughes, no Marshall.

No niego que el precedente de la Fundación puede ser útil para situar al *New Deal* en una perspectiva histórica. Pero las similitudes más destacadas solo son perceptibles en un cuadro más amplio. Igual que en la década de 1780, también en la de 1930 un grupo relativamente nacionalista de reformadores revolucionarios se negaron a acatar las viejas reglas de producción normativa de carácter superior, pero sin destruir totalmente la matriz institucional que había organizado previamente la vida política. Igual que en la década de 1780, también en la de 1930 los reformadores crearon nuevas pautas de legitimidad a partir de los viejos materiales institucionales, ganando finalmente la credibilidad necesaria para promulgar una nueva legislación de carácter superior en nombre de Nosotros, el Pueblo. Igual que en la década de 1780, también en la de 1930, el tren institucional avanzó desde una fase señalizadora, mediante una serie de llamamientos al Pueblo en las urnas, a un período de consolidación. En todos estos sentidos, y en alguno más, la revolución del *New Deal* llevó a cabo en el siglo XX el experimento no convencional de soberanía popular ideado por los Fundadores.

Pero sería un error ignorar la contribución del siglo XIX. Lincoln y Bingham no solo están más cerca en el tiempo que Washington o Madison, sino que se vieron obligados a lidiar con un problema clave que obsesionó a

los artífices del *New Deal* y que nos sigue obsesionando a nosotros: ¿cómo adaptar las instituciones de la Fundación para expresar el poderoso sentido del carácter nacional estadounidense surgido después de la Guerra Civil? La respuesta republicana implicaba un uso pionero de la Presidencia, la separación de poderes y las elecciones nacionales para conseguir mandatos populares y proceder a un cambio fundamental. Estas innovaciones no solo son el auténtico fundamento constitucional de la Decimotercera y la Decimocuarta Enmiendas, sino que también son precedentes históricos decisivos para la revolución del *New Deal*.

Este punto crucial, una vez concedido, prepara el camino para una crítica y una reconstrucción más complejas de las ideas recibidas. El mito predominante describe al Tribunal Supremo de la era *Lochner* como un tribunal dominado por un puñado de imbéciles o de truhanes (o de ambas cosas). Yo opino, al contrario, que el Tribunal del caso *Lochner* hizo lo que la mayoría de jueces hacen la mayor parte del tiempo: interpretar la Constitución que les habían legado los Republicanos de la Reconstrucción. *Lochner* ya no es buena ley, porque en la década de 1930 el pueblo estadounidense repudió los valores constitucionales republicanos, y no porque el Tribunal republicano estuviese totalmente en desacuerdo con ellos antes de la Gran Depresión. Como desarrollo este argumento en otra parte[1], pasaré de inmediato a una segunda cuestión clave: ¿Ha de considerarse la revolución de Roosevelt como un acto constitutivo de soberanía popular que cambió *legítimamente* la precedente Constitución republicana?

Igual que en el caso de la Reconstrucción, una respuesta completa requiere un estudio de dos rondas distintas de desarrollo no convencional. Al igual que la ratificación de la Decimotercera Enmienda implicaba una dinámica diferente de la Decimocuarta, la revolución de Roosevelt atravesó dos ciclos. Durante la década de 1930, la nación luchó con las implicaciones constitucionales de la Gran Depresión; durante la de 1940, con las de la Segunda Guerra Mundial. En ambos casos, la verdad básica era la misma: un alejamiento del *laissez-faire* y un acercamiento al gobierno intervencionista, primero en casa y después en el exterior. Como un tratamiento en profundidad de ambos ciclos volvería inmanejable este libro, he analizado la cuestión de las relaciones exteriores en un ensayo separado[2].

---

[1] Véase mi *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit. caps. 3 y 4. Mi argumento gana fuerza gracias a varios estudios históricos recientes. Por ejemplo, Howard Gilman, *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Durham, Duke University Press, 1993; Michael Benedict, «Laissez-faire and Liberty», *Law and History Review*, vol. 3, 1985, p. 293; William E. Forbath, «The Ambiguities of Free Labor», *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 767; Harry Scheiber, «American Federalism and the Diffusion of Power», *University of Toledo Law Review*, vol. 9, 1978, p. 619; y lo desarrollaré ulteriormente en el próximo volumen.

[2] B. Ackerman y D. Golove, *Is NAFTA Constitutional?*, cit.

Aquí me centraré en el conflicto entre el Viejo Tribunal Supremo y el *New Deal* durante la década de 1930.

El mito del redescubrimiento trata esta lucha como una auténtica desgracia, como una trágica pérdida de tiempo. Yo, en cambio, hago hincapié en su contribución positiva a la calidad democrática del debate y a la toma de decisiones. Igual que en la Reconstrucción, el conflicto entre los diversos poderes presentó al pueblo estadounidense opciones críticas de un extraordinario dramatismo y claridad. El resultado final fue una redefinición de la relación de los estadounidenses con el gobierno mucho más reflexiva y democrática de lo que hubiera sido posible de otro modo.

Empiezo preguntándome por el mandato popular que Roosevelt llevó consigo a Washington en 1933, el cual era más equívoco de lo que da a entender el mito dominante. Una vez reconocidas las ambigüedades, será más fácil valorar el papel positivo desempeñado por el Viejo Tribunal. Si bien la resistencia judicial irritó a los partidarios del *New Deal* durante el primer mandato del Presidente, también puso de manifiesto ante la opinión pública en general que la iniciativa del Partido Demócrata planteaba cuestiones que iban mucho más allá de las que podía resolver la competencia ordinaria de las elites de Washington; y que era el Pueblo quien tenía que decidir si valía la pena preservar los valores tradicionales elaborados por los magistrados conservadores.

La elección señalizadora

Tengamos cuidado con los peligros que implica leer la historia al revés. A los juristas modernos les resulta fácil suponer que los Demócratas de 1932 estaban proclamando su visión intervencionista por todo el país. La realidad era más compleja. Votando a favor de Roosevelt, muchos estadounidenses estaban ciertamente votando *en contra de* Hoover y de todo lo que representaba, pero aquello *a favor de lo cual* votaban no estaba tan claro[3].

La señalización presidencial

¿Qué era, pues, lo que representaba Herbert Hoover?

En 1928 Hoover no era un conservador intransigente. Su elección representó una reorientación hacia el ala progresista del Partido Republicano, que había sido relegada a un segundo plano por Harding y Coolidge. Hoover era un ingeniero social que creía en los usos afirmativos del poder

[3] Para una perspicaz interpretación de la Presidencia que ha influido mucho en mi relato, véase S. Skowronek, *The Politics Presidents Make: Leadership from John Adams to George Bush*, cit.

gubernamental. Su respuesta al *crac* de 1929 fue claramente intervencionista. Su Corporación Financiera para la Reconstrucción, por ejemplo, constituyó un intento ambicioso de apuntalar la estructura del crédito y apoyar la recuperación empresarial. Al mismo tiempo, Hoover dejó muy claro que la Constitución no daba al gobierno federal plenos poderes para gestionar la economía nacional. En 1932, sus enérgicos aunque limitados esfuerzos en pro de la recuperación tuvieron el paradójico efecto de poner en evidencia la obsolescencia de la tradición constitucional. Con una tasa de desempleo en 1932 equivalente a la cuarta parte de la población activa, y la renta nacional a unos niveles inferiores al 50 por 100 de la de 1929[4], los estadounidenses no iban a tolerar las afirmaciones de principio de Hoover según las cuales la paliación de la pobreza era un asunto local, y las opciones nacionales estaban limitadas por los principios constitucionales del Partido Republicano.

Si bien la opinión pública había repudiado decisivamente el hooverismo en 1932, no era obvio que el Partido Demócrata heredase las consecuencias del mismo. El Partido siguió estando profundamente condicionado por sus orígenes jeffersonianos, que hacían hincapié en los derechos de los estados, en el gobierno limitado y en la libertad de mercado. Este mensaje jeffersoniano se había visto un tanto apagado por la adición de temas populistas y wilsonianos[5], pero es un anacronismo pensar que el Partido estaba comprometido con el uso agresivo del poder nacional, especialmente si tenemos en cuenta el papel fundamental de los Democratas sureños. Si bien los sureños daban la bienvenida a cualquier ayuda económica destinada a su empobrecida región, valoraban todavía más la supremacía blanca. El recuerdo de la Reconstrucción y el enérgico liberalismo de algunos Demócratas del Norte incrementaban su temor de que un gobierno nacional activo acabase socavando el segregacionismo racial del sistema de Jim Crow.

Históricamente hablando, es entre los Republicanos y no entre los Demócratas donde cabe situar a los defensores del poder nacional como Lincoln y (Theodore) Roosevelt. Tampoco los Demócratas habían estado particularmente intervencionistas durante anteriores crisis económicas. Cuando el presidente demócrata Grover Cleveland tuvo que enfrentarse al desgarrador «pánico de 1893», su respuesta fue más conservadora que la de Hoover, y la consecuencia de ello fue que un electorado enojado echó a los Demócratas del poder en las elecciones de 1894 y 1896.

Más cerca del presente, las elecciones presidenciales de 1928 hicieron muy poco para revertir la asociación de los Demócratas con el *laissez-faire*.

---

[4] A. Schlesinger, *The Age of Roosevelt: The Crisis of the Old Order*, cit. p. 248.

[5] Véase David Burner, *The Politics of Provincialism: The Democratic Party in Transition, 1918-1932*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1986.

Si bien la designación de Al Smith como candidato en 1928 había movilizado e incrementado su electorado étnico y urbano en el Norte, no señaló el ascenso de una nueva filosofía de gobierno intervencionista. Smith estaba más interesado en sacar a Washington del tema de la regulación moral revocando la Ley Seca. Si había un candidato preocupado por la pobreza, este era Hoover, cuyo mayor mérito fue el éxito que tuvo organizando la ayuda a una Bélgica devastada por la guerra[6]. En 1932 el hooverismo había suspendido ante el tribunal de la opinión pública, pero no estaba nada claro que los Demócratas tuviesen algo nuevo que ofrecer.

En estas circunstancias, políticos progresistas como Paul Douglas, más tarde senador demócrata por Illinois, propusieron la organización de un nuevo partido en 1932:

> Es una idea esperanzadora que hace veinte años muchos progresistas depositasen esperanzas similares en Woodrow Wilson, quien, con todo el respeto para el gobernador Roosevelt, era un pensador mucho más agudo y un luchador más decidido […]. Y sin embargo, ocho años después, Wilson se jubiló con el Partido Demócrata tan canceroso como siempre en su composición e igual de conservador en su política. Si esta fue la suerte de Wilson, ¿cómo podríamos esperar que la de Franklin Roosevelt fuese mejor?[7]

La respuesta de Roosevelt durante la campaña fue ambigua. Rompiendo con un precedente consagrado, no esperó recatadamente en casa la noticia de su designación como candidato, sino que voló a la Convención de Chicago para anunciar su *New Deal*:

> Mi programa, del que aquí solo puedo abordar algunos puntos, se basa en un principio moral muy simple: el de que el bienestar y la solidez de una Nación dependen en primer lugar de lo que la masa del pueblo desea y necesita, y en segundo lugar, de si lo consigue […].
>
> Nuestros líderes Republicanos nos dicen que las leyes económicas –sagradas, inviolables, inmutables– provocan pánicos que nadie puede prevenir, pero mientras ellos parlotean sobre las leyes económicas, nuestra gente se está muriendo de hambre. Hemos de asumir el hecho de que las leyes económicas no las dicta la naturaleza, sino los seres humanos.

---

[6] Véase George H. Nash, *The Life of Herbert Hoover*, 2 vols. (vol. 1, *The Engineer*; vol. 2, *The Humanitarian, 1914-1917*), Nueva York, W. W. Norton, 1983 y 1988; Allan Lichtman, *Prejudice and the Old Politics: The Presidential Election of 1928*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1979, cap. 1.

[7] Paul Douglas, *The Coming of a New Party*, Nueva York, McGraw-Hill, 1932, pp. 168-170.

Esta filosofía intervencionista se elaboró durante la campaña[8]. Pero coexistió con otros temas mucho más tradicionales. Los tres primeros puntos del programa del Partido Demócrata «prometían solemnemente»:

> Una reducción drástica e inmediata de los gastos gubernamentales […] de como mínimo un 25 por 100.
>
> Mantenimiento del crédito nacional por un presupuesto federal anualmente equilibrado […].
>
> Una moneda sólida que será preservada de todos los peligros […].

El candidato Roosevelt se comprometió también a respetar estos principios[9]. Es cierto que hizo varias propuestas intervencionistas fragmentarias, pero ninguna de ellas prefiguró ni remotamente las impresionantes iniciativas de sus primeros cien días[10]. Sería un error, por consiguiente, suponer que los estadounidenses sabían lo que se estaban jugando cuando llevaron a los Demócratas a la Casa Blanca y al Congreso en 1932.

Pero también es un error desechar la campaña de 1932 como carente de un contenido comunicativo serio. Pese a su carácter discordante y fragmentario, la dirección general de la campaña de Roosevelt era lo suficientemente clara en su alejamiento del gobierno limitado y en su cercanía al Estado regulador intervencionista. Tal como repitió constantemente, «necesitamos corregir, de manera drástica si es preciso, los fallos de nuestro sistema económico […]. El país necesita y, a menos que yo no sepa ver su estado de ánimo, exige que experimentemos de un modo audaz y persistente […]. Por encima de todo, que intentemos hacer algo»[11].

Esto fue lo que convirtió a las elecciones de 1932 en unas elecciones señalizadoras. Del mismo modo que los Federalistas de 1787 consiguieron persuadir a las asambleas legislativas estatales para que enviasen delegados a

---

[8] «Os prometo y me comprometo a firmar un nuevo pacto con el pueblo estadounidense», 2 de julio de 1932, en Samuel I. Rosenman (ed.), *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, 13 vols., Nueva York, Random House, 1938-1950, *vol. 1, The genesis of the New Deal, 1928-1932: with a special introduction and explanatory notes by President Roosevelt*, p. 647. Véase, por ejemplo, su discurso en el Commonwealth Club de San Francisco del 23 de setiembre de 1932, *ibid.*, p. 742; y su discurso de campaña en Detroit, Michigan, del 2 de octubre de 1932, «The Philosophy of Social Justice through Social Action», *ibid.*, p. 771.

[9] Véase, por ejemplo, «The Candidate Discusses the National Platform», alocución radiofónica, Albany (NY), 30 de julio de 1932, *ibid.*, p. 659.

[10] Especialmente, la innovadora *National Industrial Recovery Act* no fue limpiamente sugerida por la retórica de la campaña.

[11] Véase su reflexivo discurso en la Universidad de Oglethorpe, el 22 de mayo de 1932, Samuel I. Rosenman (ed.), *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, cit., pp. 639, 646. Véase A. Schlesinger, *The Age of Roosevelt: The Crisis of the Old Order*, cit., pp. 277, 289-291, 313; W. Leuchtenburg, *Franklin Delano Roosevelt and the New Deal,* cit., pp. 11-12. Mi tratamiento es análogo al de Michael Nelson en «The President and the Court: Reinterpreting the Court-Packing Episode of 1937», *Political Science Quaterly*, vol. 103, 1988, p. 267, del que me declaro deudor.

Filadelfia para experimentar con los principios constitucionales, Roosevelt se dirigía a Washington con un mandato para experimentar con las interpretaciones tradicionales.

La analogía más cercana es la victoria de Lincoln en 1860. Del mismo modo que en 1932 los Demócratas prometieron reducir el gasto federal y mantener la solidez de la moneda nacional, en 1860 los Republicanos garantizaron repetidamente al Sur la santidad de la esclavitud en los estados en los que existía. Pese a estos gestos enfáticamente conservadores, la elección de Lincoln había situado una nueva agenda constitucional al frente del debate nacional.

Para prevenir posibles malentendidos, no quiero poner demasiado énfasis en ninguna de las dos señalizaciones presidenciales. La victoria de Lincoln en 1860 solo inició un prolongado período de conflicto institucional puntuado por una serie de elecciones en 1862, 1864, 1866 y 1868. Lo mismo es cierto de la victoria de Roosevelt. Sin el éxito del Partido Demócrata en la obtención del consenso popular para su visión evolutiva del gobierno nacional intervencionista en 1934, 1936 y más allá, los artífices del *New Deal* nunca habrían llevado el proceso de producción normativa de carácter superior más allá de la fase señalizadora.

Partido y Presidencia en las transformaciones constitucionales

Una vez localizados los Demócratas del *New Deal* y los Republicanos de la Reconstrucción en el interior de una matriz común, quiero destacar una diferencia clave[12]. Los Republicanos eran un partido nuevo en 1860, y por ello su victoria electoral promovió a unos hombres cuya carrera había estado enteramente determinada por la lucha contra la esclavitud. Incluso «moderados» como Bingham se tomaban muy en serio el principio constitucional, y estaban impacientes por utilizar el Congreso como vanguardia en la lucha por la reforma revolucionaria.

En cambio, muchos de los líderes demócratas del Congreso habían forjado sus carreras en un mundo jeffersoniano muy alejado del activismo rooseveltiano. Como buenos políticos, se subordinaron al nuevo y poderoso líder del partido, así como a los ruidosos diputados que habían entrado en el Congreso agarrados a sus faldones. Pero previsiblemente iban a moderar sus impulsos cada vez que el liderazgo presidencial perturbase su red tradicional de interpretaciones y sus planes políticos.

---

[12] Mi opinión sobre el desarrollo del partido ha sido muy influida por la escuela de V. O. Key y Walter Dean Burnham. Un buen resumen es J. Sundquist, *Dynamics of the Party System: Alignment and Realignment of. Political Parties in the United States* [1973], Washington DC, The Brookings Institution, 1983 (ed. revisada).

Dicho con trazos gruesos, la diferencia entre el viejo y el nuevo partido provocó un cambio muy sustancial en las relaciones entre el Congreso y la Presidencia durante la ascendencia Demócrata y Republicana. Pese a los muchos actos no convencionales de liderazgo de Lincoln, fue sistemáticamente un freno moderador de la energía transformativa procedente del Congreso. Durante el *New Deal*, Roosevelt sería el motor y el Congreso el freno.

Todo esto podía haber sido muy diferente. Al fin y al cabo, Lincoln se mostró renuente a abandonar el Partido Whig. Si los *whigs* hubiesen conseguido sobrevivir a la crisis de la década de 1850, Lincoln no habría tenido inconveniente en utilizar la Presidencia para renovar las ideologías y estructuras tradicionales del Partido. Por el mismo motivo, no hubo nada de inevitable en la victoria de Franklin Roosevelt sobre Al Smith en la Convención Demócrata de 1932. Dado que Smith se había vuelto muy conservador en cuestiones económicas[13], su victoria podría haber llevado a una repetición del desastre del Partido Demócrata con Grover Cleveland. En estas circunstancias, los Demócratas podrían haber seguido el mismo camino que los *whigs*. Tras un período de caos, quizá habría empezado a destacar un nuevo partido (o dos) dirigido por un hombre como Douglas de Illinois (o alguien mucho menos atractivo)[14]. En ese caso, habríamos visto al Congreso de finales de la década de 1930 inundado de ideólogos del nuevo partido muy parecidos a los que tanto abundaban en el Capitolio durante la década de 1860.

Mi experimento imaginario hace hincapié en un problema característico relativo al sistema de producción normativa de carácter superior durante el *New Deal*. Me referiré a él como «el problema de la *claridad constitucional*». Aunque el Presidente estaba señalando el surgimiento de una nueva agenda, el Congreso *no* ejercía presión sobre él para avivar su visión constitucional. *Si* alguna institución tenía que instar a la Presidencia a agudizar la visión constitucional emergente, esta institución sería el Tribunal Supremo.

La configuración de la propuesta

Fuesen cuales fuesen sus desventajas, la antigüedad dio al Partido Demócrata una gran ventaja. Ningún recién llegado podría haber obtenido un apoyo tan amplio del pueblo estadounidense en tan poco tiempo.

---

[13] De hecho, Smith rompió muy pronto con el *New Deal* y se convirtió en uno de sus críticos más agresivos y visibles.

[14] Para un buen estudio de posibles legatarios residuales, véase Arthur Schlesinger, *The Age of Roosevelt: The Politics of Upheaval*, Boston, Houghton Mifflin Company,1960, vol. 3, pp. 15-211.

Tanto los Federalistas como los Republicanos nos proporcionan unos parámetros útiles. Cuando la Convención Federalista y la Convención/Congreso Republicana empezaron a debatir la forma de sus reformas revolucionarias, eran plenamente conscientes de lo inciertas que eran sus reivindicaciones de un estatus mayoritario en la nación. En consecuencia, se basaron sobre todo en las últimas fases de sus trenes institucionales para aportar el impulso necesario en última instancia para sancionar la legitimidad de la producción normativa de carácter superior.

En cambio, los Demócratas del *New Deal* podían partir de una amplísima base electoral. La victoria de 1932 representó la entrada en la Cámara de Representantes de trescientos diez representantes demócratas, y dejó en ella a solo ciento diecisiete republicanos, algo sin precedentes; el Senado, en un ciclo de seis años, vio reducirse el número de Republicanos de los cincuenta y seis que tenía cuatro años antes, a treinta y cinco[15]. El problema de los creadores del *New Deal* no era la amplitud, sino la profundidad, de su apoyo popular[16]. Una vez que un programa de acción concreto hubiese sido promulgado en forma de ley, a los estadounidenses podía no gustarles lo que veían. Estaba muy bien que el Presidente defendiese la experimentación, pero los experimentos tienen la desagradable costumbre de explotarte en la cara antes de las siguientes elecciones.

Como siempre, el calendario constitucional imponía su lógica aleccionadora. Teniendo en cuenta la necesidad de volver a contar con los votantes en un corto período de dos años, ¿se volverían cautos los Demócratas y se conformarían con dar unos cuantos pasos titubeantes más allá de Hoover? ¿O tratarían de cambiar radicalmente la relación existente entre el gobierno nacional y los estadounidenses?

La primera ola

La respuesta de Roosevelt fue la *National Industrial Recovery Act* [Ley de Recuperación Industrial Nacional (NIRA)] promulgada menos de cuatro meses después de la toma de posesión. Esta Ley no trataba simplemente de remediar un abuso determinado del sistema de libre mercado, de modo parecido a como la Ley del Comercio Interestatal se había centrado en el monopolio de los ferrocarriles, o la Ley de Pureza de Alimentos y Medicamentos en los riesgos para la salud. Proponía *abolir* el capitalismo de mercado y sustituirlo por una estructura corporativista bajo el liderazgo presidencial. En lo sucesivo, cada industria establecería su propio código

[15] Véase Donald Bacon *et al.* (eds.), *Encyclopedia of the United States Congress*, Nueva York, Simon & Schuster, 1995, p. 1557, cuadro 1.

[16] Para más detalles sobre esta diferencia entre amplitud y profundidad, véase mi *We the People, I: Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., pp. 309-311.

legal de vida económica, en el que los intereses del trabajo organizado estarían representados al mismo nivel que los del capital organizado. Una vez que un código fuese aprobado por el Presidente, la NIRA trataría de hacer que este nuevo orden corporativista, y no el «mercado libre», fuese el baremo de la justicia económica. Por supuesto, Roosevelt no propuso que la NIRA se convirtiese inmediatamente en una estructura permanente de la sociedad estadounidense. El experimento, teniendo en cuenta que la prueba duraría dos años, estaba previsto que expirase a menos que el siguiente Congreso aprobase una nueva legislación al respecto.

De todos modos, la ruptura con la tradición constitucional era bastante evidente. Un pequeño fragmento del debate en la Cámara de Representantes nos da el tono de la misma:

> Mr. Beck: Me parece importante dejar constancia, si ello es posible, de que vivimos una hora muy crítica en la historia de la República, para que las futuras generaciones, si se remiten al registro del Congreso, sepan que hubo miembros de esta Cámara que por lo menos protestaron contra una transformación de la forma de gobierno bajo la cual hemos llegado a ser indescriptiblemente ricos y poderosos, por una nueva forma de gobierno que los Padres de nuestra Constitución, si levantasen la cabeza, serían incapaces de reconocer.
>
> En ese mismo momento en que las sombras de la tarde se están alargando sobre nosotros, las sombras de una noche duradera están cayendo sobre el viejo edificio constitucional, que el genio de Washington, Franklin, Madison, Hamilton y Jefferson erigió con una sabiduría incomparable […].
>
> Mr. Kelly [de Pensilvania]: Mi colega, Mr. Beck, es un gran estudioso de la historia […]. Yo solo soy un humilde estudiante […], pero creo que George Washington, que construyó un nuevo orden en el páramo de su propia época, no hubiese dudado en construir un nuevo orden en el páramo de las condiciones económicas en que vivimos.
>
> Creo que Thomas Jefferson, que estiró la Constitución hasta romperla para realizar la compra de Luisiana en pro de la expansión nacional, habría sido el primero en promover cualquier acción que hubiese considerado necesaria para evitar el colapso económico e industrial de nuestra nación.
>
> Creo, también, que Abraham Lincoln, que […][17].

Y así sucesivamente.

La velocidad con que se proclamó la NIRA recordaba los cuatro meses que duró la Convención de Filadelfia. Pero esta vez el proceso de decisión

---

[17] *Congressional Record*, 77, pt. 4, 1933, p. 4212 (Beck); *ibid.*, p. 4217 (Kelly).

presagió el ascenso del liderazgo presidencial. Roosevelt había convocado inicialmente una sesión especial del Congreso para aprobar legislación de emergencia, pretendiendo postergar un paquete de medidas completo a la primera sesión regular. Pero cuando la moción del senador Hugo Black a favor de un horario laboral de un máximo de treinta horas semanales tomó impulso, un alarmado Roosevelt trató de impedir este simplista ataque del Congreso apelando a las complejidades de la vida moderna. Siguiendo pautas que presagiaban la emergencia del nuevo régimen, los consejeros de Roosevelt se apiñaban ansiosos en sesiones de crisis para consensuar caminos alternativos para la recuperación. Cuando Roosevelt encerró a dos grupos rivales en una misma sala, quedó claro que la NIRA era la propuesta de la Administración.[18]

La siguiente fase fue no menos notable. El nuevo Congreso no respondió a esta iniciativa presidencial con airadas protestas contra la usurpación por parte del poder ejecutivo; ni tampoco utilizó la problemática constitucionalidad de la NIRA como excusa para retardarla o revisarla. Tras proceder a unas modificaciones menores, el Congreso fortaleció la Presidencia aprobando la NIRA con fuertes mayorías. Igual que había sucedido en Filadelfia, Washington era ahora el escenario de un intento revolucionario de reformar la tradición constitucional estadounidense antes de que esta se desintegrase bajo el peso de una crisis inminente[19].

Aunque la NIRA fue la iniciativa más importante del primer Congreso del *New Deal*, otras palidecen solo por comparación con ella. Su autorización a la decisión de Roosevelt de abandonar el patrón oro y devaluar el dólar fue mucho más allá de lo que habían intentado Lincoln y el Congreso cuando emitieron «*greenbacks*» durante la Guerra Civil. Pero este temprano experimento con dinero fiduciario había sido revocado por el Tribunal Supremo, hasta que una exitosa reducción del número de magistrados por parte del presidente Grant indujo al Tribunal a dar marcha atrás por cinco votos a cuatro[20]. Por si esto no fuera suficiente, la aprobación por el Congreso de la Autoridad del Valle de Tennessee inauguró un experimento nacional de tipo claramente socialista[21]. Al mismo tiempo, el Congreso

[18] Véase Donald Brand, *Corporatism and the rule of law: A Study of the National Recovery Administration*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1988; Ellis Hawley, *The New Deal and the Problem of Monopoly: A Study in Economic Ambivalence*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1966; Robert Himmelberg, *Origins of the National Recovery Administration: Business, Government, and the Trade Association Issue, 1921-1933*, Nueva York, Fordham University Press, 1976. Respecto a la anécdota acerca del encierro presidencial, véase A. Schlesinger, *The Age of Roosevelt: The Coming of the New Deal*, Boston, Houghton Mifflin, 1959, pp. 96-98.

[19] Este asunto adquirió un carácter dramático por coincidir con el ascenso al poder de Adolf Hitler como canciller del Reich en enero de 1933.

[20] Véase cap. 8, pp. 285-287.

[21] Esta era, al menos, la opinión de Hoover y otros muchos conservadores. Véase Herbert Hoover, *The Memoirs of Herbert Hoover*, 3 vols. (vol. 1: *Years of Adventure 1874-1920*; vol. 2: *The Cabinet and the Presidency 1920-1933*; vol. 3: *The Great Depression 1929-1941*), 1951, vol. 2, p. 232.

estaba revolucionando la política en campos como la agricultura, la energía y las pensiones, convirtiendo en absurda la idea de que la Constitución delegase en él una lista de poderes estrictamente limitados. Teniendo en cuenta estos avances, incluso la decisión, que marcó una época, de imponer una regulación total y continua de Wall Street parecía casi rutinaria, aunque el establecimiento de la Security Exchange Commission (SEC) también planteó una serie de graves cuestiones constitucionales.

Pero una cosa era que el Presidente afirmase repetidamente –y que el Congreso respaldase– que el pueblo estadounidense exigía una reforma revolucionaria, y otra muy distinta obtener la aprobación general a una afirmación tan improbable. ¿Qué más requeriría la Constitución para que la embriagadora retórica de la soberanía popular propia del *New Deal* se transformase en el dogma de la norma superior?

Volviendo al Pueblo

Las elecciones de otoño de 1934 constituyeron una primera prueba. El carácter revolucionario de las reformas del *New Deal* era ahora obvio para cualquier estadounidense, al igual que la mejor forma de parar en seco el experimento. Históricamente hablando, al partido presidencial nunca le han ido bien las cosas en las elecciones de mitad de legislatura. Sin un Presidente victorioso encabezando la candidatura, sus partidarios en el Congreso pierden escaños. Esta disminución «es más que una mera *tendencia*. La pérdida de escaños en las elecciones de media legislatura son una *regularidad* histórica casi invariable»[22]. Teniendo en cuenta la amplia victoria precedente del Partido Demócrata, una pérdida parecía aún más probable. Los 117 representantes republicanos que quedaban en la Cámara procedían de distritos muy conservadores. Aunque los escaños del Senado habían sido muy disputados por última vez en los idílicos días de 1928, el registro histórico era igual de claro. Incluso una recuperación modesta en el Congreso permitiría a los Republicanos cuestionar si el país estaba dispuesto a soportar la interminable serie de reformas revolucionarias que caían en cascada desde Washington; y una victoria sustancial podría permitirles formar una coalición sólida con los Demócratas conservadores inquietos por el rechazo rooseveltiano de los principios jeffersonianos.

Leída en este contexto, la aplastante victoria del Partido Demócrata en 1934 tenía un claro significado. Solo quedaron 103 representantes republicanos después de que el maremoto del *New Deal* metiera a 322 representantes demócratas en la Cámara. No solo disminuyó el número de

[22] Robert S. Erikson, «The Puzzle of Midterm Loss», *The Journal of Politics*, vol. 50, 1988, p. 1011.

Republicanos en el Senado de 35 a 25, sino que también cambió la composición del partido. Ocho destacados conservadores perdieron sus escaños, mientras que el bloque de Republicanos progresistas se quedaba inalterado en diez[23]. Esta menguante minoría se enfrentaba ahora a 69 representantes demócratas, la mayoría más grande de la historia del Senado[24]. Dicho en palabras del columnista del *New York Times* Arthur Krock, los Demócratas habían obtenido «la victoria más abrumadora de la historia de la política estadounidense»[25]. ¿Así que quizá los creadores del *New Deal* no eran flor de un día? ¿Así que tal vez había que tomárselos en serio como portavoces del Pueblo?

Roosevelt no tenía dudas. Armado con su mandato, se dispuso a consolidar la NIRA. Declarando que su experimento había sido un éxito, propuso una ampliación de otros dos años. Invitó a perfeccionar las enmiendas a la ley, pero insistió en que «los principios y propósitos fundamentales de la Ley son sólidos. Abandonarlos es impensable. Representaría el retorno del caos laboral e industrial»[26].

Pero ¿*era* sólido el corporativismo? ¿No había llegado el momento de que los creadores del *New Deal* se enfrentasen a las implicaciones de su ruptura revolucionaria con la tradición constitucional?

Refinar la propuesta

Aquí es donde intervino el Tribunal Supremo. Antes de pasar a los detalles, quiero cuestionar la forma en que el relato profesional predominante crea el marco para la lucha épica entre el Viejo Tribunal y el *New Deal*.

Recrear el marco

La crisis del Tribunal es tratada demasiado a menudo como un desdichado accidente de las tablas de esperanza de vida. A diferencia de todos los anteriores presidentes de la historia, Roosevelt estuvo todo su primer mandato sin efectuar un solo nombramiento para el Tribunal Supremo. El *New Deal* compareció ante un tribunal dominado por Republicanos, con solo un par de vestigios de la Administración de Wilson. No tiene nada de extraño que Roosevelt topase con tantas dificultades. El Tribunal que había

---

[23] Clyde Weed, *The Nemesis of Reform: The Republican Party during the New Deal*, Nueva York, Columbia University Press, 1994, pp. 44-45.

[24] Véase W. Leuchtenburg, *Franklin Delano Roosevelt and the New Deal,* cit., p. 116.

[25] Arthur Krock, «Tide Sweeps Nation», *The New York Times*, 7 de noviembre de 1934, p. 1.

[26] Véase el mensaje presidencial del 20 de febrero de 1935, S. I. Rosenman (ed.), *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, cit., 1935, pp. 80, 82.

heredado estaba formado por tres bloques: cuatro conservadores, tres liberales y un centro de dos personas, Charles Evans Hughes y Owen Roberts. Dada esta composición, el relato predominante se centra naturalmente en los tira y afloja de los centristas en sus forcejeos con las perplejidades constitucionales.

Es en este punto donde empiezan las discrepancias académicas. Para los realistas legales, el carácter político del «cambio a tiempo» de los centristas en 1937 es dolorosamente evidente. Para los legalistas indignados, el cambio proporciona la prueba de la verdad suprema. Cuando revelan las sutilezas de la doctrina judicial, se vuelve claro (para ellos) que el tira y afloja de los centristas era más aparente que real. La decisión de Hughes y Roberts de refrendar el *New Deal* en 1937 fue el resultado (más o menos) predecible de unos cambios doctrinales más profundos que ya se habían producido antes de que empezase la batalla visible. El denominado cambio a tiempo no fue un producto de la política, sino el resultado de la purificación de la propia ley[27].

A medida que avance mi argumento, iré incorporando las ideas de ambos bandos, sin acercarme a ningún extremo. Los legalistas tienen razón al insistir en que el Tribunal del *New Deal* no reconstruyó la ley constitucional como por arte de magia; y los realistas tienen razón cuando hacen hincapié en que la revolución doctrinal no hubiese aparecido sin un liderazgo presidencial sostenido. Pero en esta fase es más importante cuestionar las premisas básicas del debate tradicional. Tanto realistas como legalistas presuponen que el conflicto entre el Viejo Tribunal y el *New Deal* fue una pérdida de tiempo. Solo discrepan respecto a su causa: los realistas invocando una conciencia política insuficiente, y los legalistas invocando una

[27] Michael Parrish proporciona un resumen reflexivo del debate en «The Hughes Court, the Great Depression, and the Historians», *The Historian*, vol. 40, 1978, p. 286. Más recientemente, el aspecto legalista del argumento ha sido vigorosaamente desarrollado por Barry Cushman, «Doctrinal Synergies and Liberal Dilemmas: The Case of the Yellow Dog Contract», *Supreme Court Review*, 1992, p. 235, y «A Stream of Legal Consciousness», *Fordham Law Review*, vol. 61, 1992, p. 105; Richard D. Friedman, «Switching Time and Other Thought Experiments», *University of Pensilvania Law Review*, vol. 142, 1994, p. 1891; Lawrence Lessig, «Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory», *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995, pp. 395, 443-471. Aún más recientemente, Stephen Gardbaum ha dificultado la vida de los legalistas analizando innumerables otras doctrinas fundamentales que fueron revolucionadas después de 1937. Para defender su argumentación, los legalistas estarían obligados a explicar por qué estos cambios radicales también se produjeron por razones doctrinales adecuadas. Véase Stephen Gardbaum, «New Deal Constitutionalism and the Unshackling of the States», *University of Chicago Law Review*, vol. 64, 1997, p. 483.

Los historiadores y los politólogos tienen una visión más realista del asunto. Véase, por ejemplo, Laura Kalman, *The Strange Career of Liberal Legalism*, New Haven (CT), Yale University Press, 1996, pp. 349-351; W. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, Nueva York, Oxford University Press, 1995; John B. Gates, *The Supreme Court and Partisan Realignment: A Macro-And Microlevel Perspective*, Boulder (CO), Westview Press, 1992.

lamentable incapacidad por parte de Hughes y de Roberts (especialmente de este último) para ver las implicaciones de las innovaciones doctrinales que ellos mismos habían apoyado anteriormente. Ambos bandos asumen que el país hubiese sido un lugar mejor si el Viejo Tribunal no se hubiese opuesto al primer *New Deal*. Casi podemos oírlos sollozar a coro: si le hubieran dado a Roosevelt la oportunidad de nombrar a un par de jueces políticamente listos y legalmente perspicaces durante su primer mandato, ¡el Tribunal habría evitado esta mancha en su historial![28].

A mi modo de ver, el conflicto no fue una aberración. El sistema parlamentario permite a un partido victorioso hacerse con el control inmediato de las principales instituciones, pero el sistema dualista estadounidense dificulta *a propósito* que un movimiento ascendente se haga con el control total de inmediato. Como ha dejado claro una literatura convincente en el ámbito de la ciencia política[29], el Tribunal Supremo es característicamente el elemento conservador, y representa el desafío de principio a un movimiento ascendente de reforma revolucionaria.

Así es como debe ser. En el marco de la tradición dualista, ningún movimiento de reforma revolucionaria puede esperar una victoria fácil de su visión transformadora. Ha de ganarse su derecho a hablar en nombre del Pueblo obteniendo repetidamente apoyo electoral frente a una crítica constitucional continua. Sometiendo al *New Deal* a esta prueba, el Viejo Tribunal estaba reafirmando, no traicionando, la tradición constitucional estadounidense.

Efectivamente, sería precipitarse suponer que Roosevelt podría haber evitado este período de lucha constitucional si la suerte le hubiese dado la oportunidad de hacer pronto uno o dos nombramientos. Al fin y al cabo, Hoover no había hecho las cosas tan mal llenando los tres puestos que se habían creado entre 1930 y 1932. Como el republicano moderadamente progresista que era, sus nombramientos tenían tendencia a situarse en el centro-izquierda del espectro tradicional. Cuando los conservadores Taft y Sanborn abandonaron el Tribunal en 1930, fueron sustituidos por Hughes y Roberts. Y cuando Oliver Wendell Holmes lo dejó en 1932, Hoover lo sustituyó por el todavía más progresista Benjamin Cardozo.

¿Lo habría hecho Roosevelt igual de bien? Los nombramientos para el Tribunal Supremo no son solo indicios de una lucha ideológica; también proporcionan al Presidente una influencia política con la que puede

---

[28] Esto vale también para otra corriente legalista que hace hincapié en el papel de la defectuosa redacción de las leyes para explicar la recepción hostil del primer *New Deal* por parte del Tribunal. Véase, por ejemplo, Barry Cushman, «Rethinking the New Deal Court», *Virginia Law Review*, vol. 80, 1994, pp. 201, 249-255; y Peter Irons, *The New Deal Lawyers*, Princeton, Princeton University Press, 1982.

[29] Para un buen resumen, véase John B. Gates, *The Supreme Court and Partisan Realignment*, cit., pp. 10-25.

reforzar los puntos débiles de su coalición. En consecuencia, cada nuevo nombramiento requiere que el Presidente sopese las exigencias de la política constitucional respecto a las lógicas demandas de los políticos de una posición destacada[30]. En el caso de Roosevelt, esta demanda era particularmente exigente, ya que se la hacía el líder de la mayoría en el Senado, Joseph Robinson, cuya ambición en la vida era una magistratura en el Tribunal Supremo. Como senador por Arkansas, Robinson simbolizaba los problemas específicos con los que se enfrentaba Roosevelt para transformar al Partido Demócrata en un vehículo para la reforma revolucionaria[31]. Aunque Robinson era un leal partidario de su Presidente, se había formado en la tradición jeffersoniana del Partido Demócrata sureño. Esta era, naturalmente, la misma tradición que Roosevelt trataba de cambiar. Y sin embargo, era de dominio público que había prometido a Robinson el primer nombramiento disponible como premio por sus servicios por hacer aprobar el *New Deal* en el Senado, una promesa que Roosevelt podía romper solo si pagaba un precio muy caro en sus relaciones con Robinson y el resto de los líderes del Congreso[32]. Imaginemos, pues, qué habría pasado si, en vez de jubilarse a los noventa años, el juez Holmes hubiese aguantado hasta cumplir los 92 en 1934. En vez del Cardozo de Hoover uniéndose a Brandeis y a Stone en el ala izquierda del Tribunal, el Robinson de Roosevelt se habría sentido muy tentado a unirse al grupo conservador de los cuatro jinetes en su heroica defensa de la visión jeffersoniana del gobierno limitado.

La resistencia del Viejo Tribunal, por lo tanto, no puede atribuirse totalmente a los azares de la rotación judicial; tampoco los cuatro jinetes de la leyenda legal se merecen el rol diabólico que tan a menudo se les atribuye. En determinados asuntos cruciales, el Viejo Tribunal no se dividió en dos grupos de cinco y cuatro magistrados, o de seis y tres, sino de nueve y cero.

El Tribunal traza una línea

Cuando los juristas empezaron a debatir la constitucionalidad de la NIRA, sucedió algo muy peculiar. Por un lado, destacados juristas del gobierno no disimulaban la problemática constitucionalidad de la iniciativa. El Fiscal general Homer Cummings estaba tan convencido de sus defectos que se

---

[30] Elaboro más este punto en el capítulo 13, pp. 456-458.

[31] Para un excelente análisis de las ambiciones revolucionarias de Roosevelt como líder del partido, véase Sidney Milkis, *The President and the Parties: The Transformation of the American Party System since the New Deal*, Nueva York, Oxford University Press, 1993, Primera Parte.

[32] Esto causó muchos problemas al Presidente cuando Willis Van Devanter dimitió en el momento álgido de la crisis de la ampliación del Tribunal y Robinson reclamó el pago de su deuda. Joseph Alsop y Turner Catledge, *The 168 Days*, Garden City (NY), Doubleday, Doran & Co., Inc., 1938, pp. 208-216, 1938.

negó a defender la NIRA ante el Tribunal Supremo; Donald Richberg, el procurador general de la National Recovery Administration, trató de evitar la revisión judicial desestimando casos que planteaban la cuestión constitucional[33]. Como explicaba Milton Handler en un ensayo ecuánime pero comprensivo publicado en agosto de 1933, «la franqueza exige […] admitir que, para que la ley se mantenga, se necesita un cambio de actitud por parte del Tribunal Supremo no menos revolucionario que la propia ley»[34]. Incluso destacados realistas legales como Thurman Arnold podían estirar los casos solo para justificar la NIRA como una medida de emergencia[35]. Los abogados del gobierno tendían a hacer lo mismo cuando la cuestión llegaba a los tribunales[36].

En condiciones ordinarias, la expresión por parte del gobierno de estas inquietudes provocaría un virulento ataque de sus oponentes en la abogacía privada. Nada más lejos de la verdad. Ronen Shamir resume una exhaustiva revisión de las fuentes:

> Pese a la evidencia cada vez mayor de que la NIRA amenazaba principios y prácticas legales establecidos, la oposición de los juristas […] sobre la base de sus carencias administrativas y constitucionales no se había expresado totalmente [por tres motivos]: el amplio apoyo de que gozaba entre los principales grupos comerciales e industriales, la incertidumbre relativa a la forma en que el Tribunal Supremo trataría eventualmente a esta ley constitucionalmente dudosa, y la justificación de la ley por parte de la Administración en nombre de la emergencia nacional[37].

Esta inversión de papeles es sorprendente, pero no carece de precedentes. Como hemos visto, Federalistas y Antifederalistas desplegaron un patrón similar en la Fundación. En vez de basarse sin contemplaciones en razones legalistas, los Federalistas reconocían el carácter revolucionario de sus reformas y pedían a sus oponentes que aceptasen la necesidad de una acción no convencional en nombre de una emergencia nacional; en vez de entregarse

---

[33] Esta discusión está en deuda con un reciente libro de Ronen Shamir, *Managing Legal Uncertainty: Elite Lawyers in the New Deal*, Durham (NC), Duke University Press, 1995, cap. 2, que confirma y profundiza la investigación que yo he llevado a cabo de manera independiente sobre este tema.

[34] Milton Handler, «The National Industrial Recovery Act», *American Bar Association Journal*, vol. 19, 1933, pp. 440, 483.

[35] Thurman Arnold, «The New Deal Is Constitutional», *New Republic*, vol. 77, núm. 989 (15 de noviembre de 1933). La defensa más razonada de la constitucionalidad de la NIRA es la de Edward S. Corwin, *The Twilight of the Supreme Court*, New Haven, Yale University Press, 1934, cap. 1, aunque la hace de una forma tan erudita que su dirección puede llegar a perderse.

[36] Como señala Peter H. Irons, *The New Deal Lawyers*, Princeton, Princeton University Press, 1982, pp. 38, 53-54, los tribunales de rango inferior no mostraron mucha simpatía por las llamadas del gobierno a la emergencia económica.

[37] R. Shamir, *Managing Legal Uncertainty: Elite Lawyers in the New Deal*, cit., pp. 20-21.

a defensas legalistas, los Antifederalistas renunciaban a sus objeciones constitucionales a la convocatoria por parte de Filadelfia a las convenciones de ratificación estatales y se movilizaban para la lucha electoral en curso.

Un patrón similar emerge durante la Reconstrucción. Esta segunda vez, el Tribunal Supremo empezó a pesar más en los cálculos no convencionales de los reformadores. Recuérdese que, después de ganar las elecciones desencadenantes en 1866, los Republicanos tuvieron que enfrentarse a la amenaza a la Reconstrucción planteada por el Tribunal en *ex parte McCardle*. En vez de permitir que los magistrados revocasen la Reconstrucción, la Convención/Congreso redujo las competencias del Tribunal.

Si bien los Demócratas del *New Deal* habían lanzado una iniciativa en el ámbito económico tan radical como la Reconstrucción, estas medidas no convencionales no parecían apropiadas por dos razones. En primer lugar, la situación de los Demócratas no podía compararse totalmente a la de los Republicanos de la época de *McCardle.* Después de todo, el desafío de los Republicanos al Tribunal se produjo después de que obtuviesen el apoyo popular en un ciclo de cuatro convocatorias electorales: 1860, 1862, 1864 y 1866. Aunque la Gran Depresión había llevado a la mayoría de ciudadanos ordinarios a centrarse en las cuestiones de organización económica con una seriedad comparable, los Demócratas solo habían encadenado dos victorias electorales.

En segundo lugar, la reacción del Tribunal de Hughes a la NIRA fue mucho menos predecible que la obvia hostilidad del Tribunal de Chase a las leyes de la Reconstrucción. Un año antes, el propio Hughes había redactado un dictamen (por cinco votos a cuatro) que mostraba la forma de llevar a cabo los cambios revolucionarios sugeridos por Arnold y Handler. Enfrentado a una ley extraordinaria sobre el alivio de la deuda aprobada por Minnesota, el presidente del Tribunal Supremo no negó que los Fundadores hubiesen juzgado dichas medidas patentemente inconstitucionales, pero defendió la ley, rechazando explícitamente la idea de que «las grandes cláusulas de la Constitución han de confinarse a la interpretación que de ellas hubieran hecho los artífices, con la perspectiva y las condiciones reinantes en su época»[38].

Aún más recientemente, Hughes había llevado a una mayoría de cinco a cuatro a apoyar la radical decisión del *New Deal* de abandonar el patrón oro y convertir el dinero fiduciario en la moneda permanente de la nación. Si Hughes no hubiese conseguido convencer al Tribunal en los llamados *Gold Clause Cases*, es muy probable que Roosevelt hubiese respondido con

---

[38] *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S., 1934, pp. 398, 442.

un intento a lo *McCardle* de invalidar la decisión de los magistrados[39]. Pero si Hughes podía llevar a la mayoría a dar su apoyo a la revolucionaria política monetaria del *New Deal*, ¿no podría también conseguir el apoyo mayoritario a sus revolucionarias políticas industriales?

Era, en suma, absolutamente prematuro que Roosevelt interviniera. No había necesidad alguna de contemplar posibles acciones no convencionales cuando el futuro comportamiento del Tribunal era tan imprevisible.

Pero fue entonces cuando los magistrados adoptaron una posición, y lo hicieron con una notable agresividad. El segundo tribunal más prestigioso de la nación –el Tribunal de Apelación de Segunda Instancia– había emitido su dictamen, aprobando la NIRA el 1 de abril de 1935, solo meses antes de que expirase la vigencia de dos años de la ley. Los magistrados podían haber dejado el pleito en un simulacro situando el caso en un calendario normal de apelación e información, pero en vez de ello aceptaron la petición del gobierno de un tratamiento expeditivo y una discusión programada para comienzos de mayo. El 27 de mayo hicieron público su dictamen en *Schechter Poultry Corporation v. United States*. Con una velocidad de vértigo, los magistrados no solo rechazaron la NIRA, sino que lo hicieron por unanimidad. El presidente del Tribunal Supremo se mantuvo firme ante el discurso de la emergencia económica que él mismo había introducido el año anterior:

> Se nos dice que la disposición de la ley que autoriza la adopción de códigos ha de considerarse a la luz de la grave crisis nacional a la que se vio confrontado el Congreso […]. Las circunstancias extraordinarias piden remedios extraordinarios. Pero esta argumentación se queda necesariamente corta en su intento de justificar una acción que cae fuera de la esfera de la autoridad constitucional […]. Estas afirmaciones de autoridad extraconstitucional fueron anticipadas y descartadas de manera explícita por la Decimotercera Enmienda. «Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los estados, se reservan a los estados respectivamente, o al pueblo»[40].

---

[39] Como ha mostrado William Leuchtenburg, Roosevelt había preparado una desafiante alocución radiofónica en la que se negaba a «permitir que la decisión del Tribunal Supremo sea llevada a su lógica e inevitable conclusión». Citando la toma de posesión de Lincoln, la alocución insistía en que «si la política del gobierno en cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo ha de ser irrevocablemente fijada por las decisiones del Tribunal Supremo […], el pueblo habrá dejado de autogobernarse». Mientras el Presidente y su gabinete se reunían en sesión especial a la espera de conocer la decisión del Tribunal Supremo, era indudable que se aproximaba una importante crisis constitucional. Véase W. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, cit., pp. 86-88.

[40] *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S., 1935, pp. 495, 528.

Estas palabras tenían un doble filo. Permitían al Tribunal evaluar la NIRA según los principios constitucionales tradicionales; pero también desafiaban al Presidente a ir en contra del Tribunal en las siguientes elecciones y a tratar de conseguir un mandato del Pueblo en apoyo de su iniciativa corporativista.

El Tribunal procedió luego con gran claridad a establecer dos principios tradicionales que requerían una revisión popular si el Presidente tomaba el sendero de la producción normativa de carácter superior. El primero afectaba a la estructura del gobierno nacional. Al aprobar la NIRA, el Congreso había delegado mucho poder regulador a las organizaciones obreras y empresariales que se reunían para redactar códigos de competencia leal. Una vez preparados estos códigos, el Presidente disponía de una gran autoridad discrecional para aprobarlos. El Tribunal acabó con este sistema, considerando que el Congreso había abdicado el rol legislador central establecido en la Fundación y reafirmado durante la Reconstrucción. Según su punto de vista, los Demócratas reunidos en el Capitolio en 1933 no habían ganado la autoridad popular para desplazar la tradición del gobierno centrada en el Congreso y optar por un régimen corporativista basado en el liderazgo presidencial[41].

El Tribunal también erigió un baluarte en torno a los estados. Según los magistrados, la Schechter Poultry Corporation, distribuidora de pollos *kosher* en Brooklyn, Nueva York, era una operación local arquetípica. Si un gobierno podía controlar sus prácticas laborales y de distribución, era Nueva York, no el monolito del *New Deal*. El Tribunal reconocía que «casi todos» los pollos de Schechter venían de otros estados[42], y que el código había sido redactado para un mercado regional interestatal formado por Nueva York, Connecticut y New Jersery[43]. Pero si esto fuera suficiente para justificar el control nacional, «no habría prácticamente límite» a «un gobierno completamente centralizado»[44]. *Schechter* solo tenía un impacto «indirecto» en el comercio interestatal. Una vez que la empresa recogía los pollos de los mayoristas, «las transacciones interestatales relativas a esta volatería terminaban»[45]. Lo que hacía Schechter con los pollos ya no era incumbencia del Congreso según la ley comercial. «La distinción entre efectos directos e indirectos […] ha de considerarse como una distinción fundamental, esencial para el mantenimiento de nuestro sistema constitucional»[46].

---

[41] Este tema también se elaboró en el caso *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S., 1935, p. 602.
[42] *Schechter Poultry Corp. v. United States*, supra n. 661, pp. 495, 542.
[43] *Ibid.*, p. 523.
[44] *Ibid.*, p. 548.
[45] *Ibid.*, p. 543.
[46] *Ibid.*, p. 548

El Presidente responde

Correspondía al Presidente dar el próximo paso. Tenía básicamente tres opciones:

1. Dar marcha atrás y promulgar un nuevo programa legislativo más modesto aceptando la crítica constitucional del Tribunal.
2. Aceptar el reto y promulgar de nuevo (algo parecido a) la NIRA; y luego solicitar al Pueblo en 1936 un mandato para insistir en sus iniciativas pese a la oposición del Tribunal.
3. Ni dar marcha atrás ni promulgar de nuevo la ley, sino reconsiderar el *New Deal*. ¿Era realmente el estilo centralizador del corporativismo presidencial la mejor manera de controlar los abusos e injusticias de una economía de libre mercado?

El Presidente tomó el tercer camino en una notable conferencia de prensa que fue inmediatamente considerada, para decirlo como lo hizo *The Washington Post*, «de una gran trascendencia política […]. Sus observaciones, informalmente presentadas pero cuidadosamente sopesadas de antemano, han de ser consideradas como más importantes para el futuro de la Nación que la decisión del Tribunal que las ha motivado»[47]. Hablando ininterrumpidamente durante hora y media, el Presidente declaró que *Schechter* era más importante «que cualquier otra decisión tomada a lo largo de mi vida […] más importante probablemente que ninguna otra decisión desde el caso Dred Scott»[48].

El rasgo más sorprendente de la presentación de Roosevelt era su enorme gravedad constitucional. Es cierto que empezó la conferencia de prensa leyendo una selección de telegramas de electores indignados por la decisión del Tribunal, pero luego cambió de plano, leyendo fragmentos del dictamen de Hughes y comentándolos de manera detallada. Tras cuestionar el tratamiento desdeñoso que hacía el Tribunal de la cuestión de la emergencia, Roosevelt distinguía claramente entre dos aspectos de su crítica constitucional. «La delegación de poder [del Congreso al Presidente] no es tan importante» porque el Tribunal señalaba que podía remediarse mediante una orientación legal específica. Pero su decisión sobre la Cláusula Comercial era harina de otro costal: «El Tribunal Supremo ya no tomará en consideración nada que pueda afectar indirectamente al comercio interestatal […] la única cosa en tránsito del comercio interestatal […] son las mercancías y quizá un pequeño número de transacciones que puede afectarles directamente»[49]. Si

---

[47] *The Washington Post*, 1 de junio de 1935, p. 8.

[48] F. D. Roosevelt, *Complete Presidential Press Conferences, 1933-1945*, 25 vols., Nueva York, Da Capo Press, 1972, vol. 5, pp. 309, 315 (Press Conference núm. 209, 31 de mayo de 1935).

[49] *Ibid.*, pp. 322-323.

los magistrados se aferraban a este punto de vista, grandes áreas de la vida nacional quedarían fuera del alcance del *New Deal*. Tras elaborar en extenso este punto, Roosevelt definió la cuestión clave:

> Es infinitamente más profundo que ninguna cuestión partidista; es un asunto de interés nacional; sí, y la cuestión es […] ¿va Estados Unidos a decidir […] va el pueblo de este país a decidir que su Gobierno Federal no tendrá derecho en el futuro, bajo ningún poder implícito o aprobado por los tribunales, a intervenir en ningún problema económico nacional, porque este problema será exclusivamente decidido por los estados?
>
> La otra cara de la cuestión es esta: ¿Hemos de considerar nuestros problemas sociales –y con eso me refiero a toda clase de empleos– desde el mismo punto de vista o no; hemos de considerar que el Gobierno Federal no tiene derecho, en función de este o de otros dictámenes, a intervenir para mejorar las condiciones sociales nacionales? ¡La respuesta es evidente y es muy sencilla![50].

Como sugiere la pésima sintaxis de este fragmento, Roosevelt no estaba leyendo una declaración cuidadosamente preparada por sus subalternos. Esta conferencia de prensa nos proporciona un atisbo de un Presidente realmente involucrado en una forma de pensar genuinamente constitucional. En vez de aceptar, rechazar o ignorar *Schechter*, Roosevelt utiliza este dictamen para subrayar sus prioridades constitucionales, distinguiendo lo importante de lo fundamental.

Son muchos los que opinan que el Tribunal le hizo un favor a Roosevelt echando por la borda la increíblemente impopular NIRA[51]. Pero no es así como veía el Presidente la situación. Se había pronunciado claramente a favor de la renovación, y su fantástica victoria en las elecciones de 1934 no le había dado motivos para abandonar su principal proyecto[52]. Fue la resistencia del Tribunal Supremo lo que le obligó a reconsiderar el asunto: ¿obtendría realmente el apoyo del Pueblo si convertía las elecciones de 1936 en un mandato a favor de la NIRA?

Fuere cual fuese su apego personal al corporativismo, Roosevelt no tuvo problemas en contestar negativamente esta pregunta. La conferencia de prensa le muestra buscando inmediatamente una base constitucional más

---

[50] *Ibid*., pp. 328-329.

[51] Véase, por ejemplo, E. Hawley, *The New Deal and the Problem of Monopoly*, cit., cap. 7.

[52] En fecha tan tardía como 1941, Roosevelt aún decía que la NIRA había «apuntado el camino hacia un nuevo orden económico, que estoy seguro será una realidad en un futuro próximo». Véase Alan Brinkley, *The End of Reform*: *New Deal Liberalism in Recession and War*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1995, pp. 40, 290. Véase también W. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, cit., p. 146; y Otis Graham, Jr., «Franklin Roosevelt and the Intended New Deal», en Thomas Cronin y Michael Beschloss (eds.), *Essays in Honor of James McGregor Burns*, Englewood Cliffs (NJ), Prentice Hall, 1989, pp. 83-84.

sólida en la inminente lucha por la opinión pública. Su lema no sería el corporativismo, sino el nacionalismo, «el derecho a legislar y a administrar aquellas leyes que tengan relación con –y que permitan ejercer un control sobre– los problemas económicos nacionales y los problemas sociales nacionales»[53]. Roosevelt no se hacía ilusiones respecto a la posibilidad de obtener una rápida victoria: «Esta es la cuestión más importante que se ha presentado al país en tiempos de paz y tiene que tomarse una decisión, y, como yo digo, esta decisión puede tardar cinco o diez años»[54].

Incluso en esta fase temprana, Roosevelt dejaba caer sofisticadas insinuaciones respecto a la variedad de posibles resultados constitucionales. En los momentos iniciales de su discusión sobre el dictamen de Hughes, describió la definición restrictiva que hacía *Schechter* del comercio interestatal como una «sentencia», y pedía a su audiencia que «recordasen que las sentencias no siempre se acatan en el futuro»[55]. Más adelante, describía el reto que planteaba el futuro preguntándose «si hemos de revertir o devolver *–según como lo planteemos–* al Gobierno Federal los poderes que le corresponden al gobierno nacional de cualquier otra nación del mundo»[56]. Estas observaciones introdujeron la posibilidad de que un cambio judicial a tiempo sirviese de alternativa a una enmienda constitucional formal, quizá presentando la idea que provocó el siguiente intercambio al final de la conferencia de prensa:

> Pregunta: Se ha referido usted a la decisión del caso Dred Scott. Pero después de ella ha habido una Guerra Civil y al menos dos enmiendas a la Constitución.
> Presidente: Bueno, la razón de ello es que la generación de 1856 no hizo nada al respecto durante los siguientes cuatro años.
> Pregunta: También se ha referido a la necesidad de que el pueblo decida en los próximos cinco o diez años. ¿Hay alguna forma de decidir este asunto sin votar una enmienda constitucional o sin tener que aprobarla?
> Presidente: No, todavía no estamos en este punto.
> Pregunta: ¿O declarando una guerra? (*Risas*)
> Presidente: Solo estaba matizando el tema, eso es todo.

Con las opciones constitucionales que se abrían ante ellos, los periodistas de la prensa acreditada informaron de las opiniones del Presidente con titulares de primera plana como Roosevelt defiende cambios constitucionales (*Los Angeles Times*) o Roosevelt a favor de un poder

---

[53] F. D. Roosevelt, *Complete Presidential Press Conferences, 1933-1945*, cit., p. 333.
[54] *Ibid*.
[55] *Ibid*., p. 319.
[56] *Ibid*., p. 333 (el subrayado es mío).

ILIMITADO (*Chicago Tribune*). Independientemente de lo llamativas que fuesen las valoraciones, la sustancia del reportaje era un resumen largo y generalmente certero del análisis constitucional que había hecho el Presidente, así como una valoración del amplio conjunto de opciones presidenciales. Según *Los Angeles Times*, «desde fuentes gubernamentales, incluida la propia Casa Blanca, se ha lanzado una docena de globos sonda para averiguar cuáles son los sentimientos de la opinión pública respecto al cambio [...]. Uno de los planes es aumentar el número de magistrados en el Tribunal Supremo para crear en él una mayoría favorable al *New Deal*. Otro sería modificar la Constitución para eliminar el poder del Tribunal ante los actos negativos del Congreso. Y otro redefinir los derechos federales y estatales tal como están ahora constitucionalmente enunciados»[57]. *The Washington Post* concluía:

> Tomadas en conjunto, las observaciones del Presidente fueron interpretadas como si significasen que, si no promovía una enmienda a la Constitución para dar al Gobierno Federal un control más explícito sobre el comercio, confiaba en que el país expresase tan enérgicamente su hostilidad a la doctrina de los derechos de los estados enunciada por el Tribunal Supremo, que este último se vería obligado a abandonarla o a modificarla en resoluciones posteriores[58].

Al día siguiente *The New York Times* publicaba en primera página una noticia según la cual «Washington estudia un plan para una enmienda rápida de la Constitución»[59]. El artículo detallaba la potencial aplicación del método que se había utilizado recientemente para acelerar la revocación de la enmienda sobre la Ley Seca. En vez de someter la revocación a las asambleas legislativas estatales, el Congreso había desencadenado el método de ratificación mediante convenciones estatales, con los votantes acudiendo a las urnas a votar listas de candidatos que se comprometían por adelantado a apoyar o a oponerse a la propuesta. Esto convirtió el proceso de ratificación en una serie de cuasi referéndums y permitió a los proponentes de la revocación obtener el apoyo de las tres cuartas de los estados en menos de un año.

The New York Times dio un tratamiento de grandes titulares al uso potencial de este precedente: «Funcionarios de la Administración están considerando un plan específico para un método "rápido" de enmendar la Constitución mediante lo que sería el equivalente de un referéndum popular para que el pueblo pueda, en un plazo de sesenta días, declarar su voluntad sobre los problemas planteados por la decisión del Tribunal

---

[57] Editorial de *Los Angeles Times* del 2 de junio de 1935, p. 14.
[58] *The Washington Post*, 1 de junio de 1935, p. 4 (continuación del artículo de primera página).
[59] *The New York Times*, 2 de junio de 1935, p. 1.

Supremo en el caso *Schechter*»[60]. Con este plan, el gobierno cambiaría el procedimiento utilizado para revocar la Ley Seca. En vez de dejar que cada estado convocase su propia convención de ratificación, el Congreso decidiría «el momento, el método y el lugar de las convenciones constitucionales en los estados, así como la composición de las mismas. Con este procedimiento se produciría la máxima aproximación posible a un referéndum popular que era posible organizar con esta Constitución»[61]. Destacados columnistas se mostraron no menos audaces. Arthur Krock sugirió que el Presidente podría «llegar a propugnar una convención constitucional [federal] para modernizar el documento en otros aspectos»[62].

Como puede imaginarse, estas sugerencias provocaron mucha oposición editorial, pero era difícil decir si en general la prensa afín al Partido Republicano hablaba por boca de los estadounidenses de a pie. Los comentaristas favorables, como Arthur Krock, se mostraban relativamente optimistas: «De lo que no cabe la menor duda es de que al final de una semana histórica, sea cual sea el destino legal del *New Deal*, el país se ha apresurado a dar respaldo a sus objetivos en cuanto los ha visto en peligro, y el presidente Roosevelt, después de sufrir una sorprendente reprimenda y ser derrotado, ha resurgido como líder de un nuevo *New Deal* cuyas líneas generales serán esbozadas de ahora en adelante»[63]. Los columnistas más conservadores profetizaban «una lucha titánica que tendrá grandes consecuencias en el futuro[64]», sin comentar el resultado. En este punto, sin embargo, el Presidente defraudó las previsiones más apocalípticas. En vez de continuar su campaña, guardó un silencio de facto durante el resto de su primer mandato, aunque el Tribunal siguió revocando aspectos cruciales del Primer *New Deal*.

Algunos han atribuido este cambio a la sorpresa que se llevó el Presidente ante la ferocidad de la oposición[65], pero esto me parece poco convincente tanto porque un político experimentado habría esperado inicialmente una serie de críticas, como porque había indicios de apoyo popular y no solo de oposición[66]. La mejor explicación hay que buscarla en el ámbito de la estrategia y no de la táctica constitucional.

---

[60] *Ibid*.
[61] *Ibid*.
[62] *The New York Times*, 2 de junio de 1935, sec. 4 (News of the Week in Review), p. 3.
[63] *Ibid*.
[64] Raymond Clapper, «Between You and Me», *The Washington Post*, 1 de junio de 1935, p. 2.
[65] Véase W. Leuchtenburg, «The Origins of Franklin D. Roosevelt's Court-Packing Plan», en *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, cit., p. 82.
[66] Por ejemplo, *The New York Times* del 2 de junio (sec. 1, p. 28) informaba:

> Varios senadores se adaptan al punto de vista de Roosevelt
> Un perceptible cambio de frente se ha hecho evidente hoy por parte de destacados senadores de los dos grandes partidos respecto a la llamada del Presidente Roosevelt relativa a la decisión del Tribunal Supremo sobre la NIRA.

Para que se entienda bien mi punto de vista, volvamos a las tres opciones básicas que tenía Roosevelt. Si hubiese optado por reafirmar su fe en la NIRA, no le habría quedado más remedio que proseguir su campaña contra el Tribunal. A fin de cuentas, el Tribunal había dejado meridianamente clara su oposición, y la única forma de seguir adelante con la implementación de la misma era apelar al Pueblo para eliminar los obstáculos constitucionales.

Pero si el Presidente estaba planeando responder a *Schechter* reconsiderando el *New Deal*, su forma de dar un paso adelante y otro atrás tenía mucha lógica. La reacción que tuvo ante el caso *Schechter* dio a conocer al Tribunal y a la nación su intención de abordar determinadas cuestiones constitucionales fundamentales, pero una vez eliminada la NIRA de la agenda, presionar inmediatamente en pro de una enmienda constitucional –o de una alternativa no convencional– era claramente prematuro. Era mucho más importante que el Presidente presentase una alternativa bien definida a la NIRA. Solo si conseguía un mandato popular a favor de este «segundo *New Deal*» podrían las cuestiones aireadas en la conferencia de prensa ganarse un lugar central en la escena política.

La reformulación de la propuesta

Era perfectamente lógico y adecuado, por consiguiente, que el Presidente centrase su atención en el Congreso, y no en el Tribunal, a la hora de formular su nueva respuesta a *Schechter*. William Leuchtenburg describe la escena:

> El veredicto del caso Schechter culminó un período de cinco meses desastroso para Roosevelt. Aunque aparentemente el Presidente había obtenido una aplastante victoria en las elecciones de noviembre de 1934, el nuevo Congreso había aprobado solamente un proyecto de ley sobre prestaciones de desempleo […]. En marzo, el gobierno estaba

---

> Pocos de ellos aceptarían ser directamente citados, pero en la mayor parte de los casos se ha puesto de manifiesto una tendencia, resultado por lo general de una serie de telegramas y cartas que han recibido, a considerar de una manera más ecuánime la posibilidad de una redefinición constitucional del comercio interestatal […].
>
> Un importante líder demócrata ha indicado hoy que el Presidente podría incluso sugerir que la actual sesión del Congreso propusiese una enmienda constitucional a los estados, sin más dilación, siempre que la reacción a favor del control federal sea lo bastante fuerte.

Hablando en general, la respuesta editorial cubrió toda la gama de reacciones, desde la franca hostilidad –por ejemplo, «Freedom or Despotism», *Chicago Tribune*, p. 12 (5 de junio de 1935); «A losing Game», *Los Angeles Times*, 2ª parte, p. 4 (4 de junio de 1935)– pasando por la muestra de una zozobra ansiosa ligeramente negativa –«Amending the Court», *The New York Times*, secc. 4, p. 8 (2 de junio de 1935)– hasta los comentarios positivos sobre la necesidad de tomarse en serio la reforma constitucional, como por ejemplo, «On Changing the Constitution», *St. Louis Post-Dispatch*, p. 20 (3 de junio de 1935); «The Constitution and Planned Economy», *Des Moines Register*, p. 14 (2 de junio de 1935).

> prácticamente paralizado. «Una vez más –escribió Walter Lippman– nos encontramos en un período de desánimo después de unos meses de optimismo esperanzado [...]». Roosevelt no parecía tener claro lo que quería, era incapaz de controlar a un Congreso indisciplinado y se mostraba totalmente terco en su negativa a indicar la línea principal en que se movía[67].

El reto de principio que representaba *Schechter* fue «el acicate final»[68] de un nuevo intento colectivo del Presidente y el Congreso para dar una forma más clara al *New Deal*. Aunque el este último se estaba preparando para sus vacaciones parlamentaria, Roosevelt insistió en que no cerrase en verano para poder promulgar un nuevo programa legislativo. El resultado fueron unos segundos cien días de actividad creativa, que produjeron hitos tan importantes como la *National Labor Relations Act* [Ley de Relaciones Laborales Nacionales (*Wagner Labor Act*)], la *Social Security Act* y la *Public Utility Holding Company Act* [Ley de Regulación de las Compañías de Suministros Públicos][69].

Este segundo *New Deal* marcó un cambio importante en la carrera constitucional. En vez de tratar de desplazar el mercado competitivo con la NIRA, Roosevelt y el Congreso aceptaban ahora el mercado como una parte legítima del orden económico emergente, siempre que fuera posible introducir estructuras reguladoras para corregir abusos e injusticias definidas por medio del proceso democrático. Así, la *Wagner Act* dio a los trabajadores no organizados nuevas herramientas para negociar eficazmente con sus jefes; la *Public Utility Holding Company Act* eliminó las concentraciones abusivas del gran capital; y la *Social Security Act* garantizaba a todos los trabajadores la perspectiva de una vejez decente una vez concluida su utilidad en el mercado.

Al lanzar esta serie de iniciativas estructurales concretas, los creadores del *New Deal* no rompieron totalmente con sus anteriores experimentos legislativos. Las *Securities Acts* (Leyes sobre el Mercado de Valores) de 1933 y 1934 ya habían adoptado un enfoque similar. Hasta *Schechter*, sin embargo, esta estrategia competía con el corporativismo generalista de la NIRA. Ahora emergía, de una forma cada vez más clara, como la idea

---

[67] W. Leuchtenburg, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal*, cit., p. 146.

[68] La frase es de Leuchtenburg; véase *ibid*., p. 150. Nunca sabremos, naturalmente, si Roosevelt y el Congreso hubiesen recuperado la iniciativa sin la asistencia de la dialéctica judicial. El Presidente ya había decidido, por ejemplo, apoyar la *Wagner Act* una semana antes de *Schechter*, y la *Social Security Act* estaba muy avanzada. Para una discusión convincente que hace hincapié en el papel de *Schechter*, véase S. Skowronek, *The Politics of Presidents Make*, cit., pp. 311-313

[69] La serie completa de iniciativas la describe muy bien A. Schlesinger, *The Age of Roosevelt: The Coming of the New Deal*, cit., capítulos 17-20

central del *New Deal*[70]. Mientras los Demócratas se preparaban para las elecciones de 1936, se dirigían de nuevo a los votantes como los defensores de un capitalismo regulado, proponiendo una serie de iniciativas estructurales concretas mediante las cuales el Pueblo podría controlar, pero no obliterar, el mercado competitivo.

El refinamiento de la propuesta: la crítica del Tribunal

Me he centrado hasta el momento en la importancia suprema de la decisión *Schechter* para la mejora de la visión emergente del gobierno intervencionista propia del *New Deal*. Pero durante 1935 y 1936, el Viejo Tribunal formó un frente amplio para oponerse al ideal del gobierno. Aunque el mito predominante desacredita estas decisiones, consideremos hasta qué punto contribuyeron al carácter democrático del resultado final. Y lo que es más importante, el Tribunal puso en conocimiento de los estadounidenses que el *New Deal* estaba sacudiendo los fundamentos, y que todavía no era demasiado tarde para retirarle el mandato. El patrón de decisión emergente también invitaba a la opinión pública a adoptar un punto de vista más exigente sobre los proyectos del *New Deal*. Algunas innovaciones, como la nueva SEC pasaron a la primera la nueva prueba constitucional del Tribunal[71]. Muchas se fueron al traste con dictámenes fuertemente discrepantes. El intento revolucionario del Congreso de introducir un programa federal de jubilación en los ferrocarriles, por ejemplo, fue derrotado por cinco votos contra cuatro[72]; sus anteriores intentos rupturistas de regular vastos sectores de la economía –notablemente la agricultura y la minería del carbón– perdieron por seis votos contra tres[73]. Estas agudas divisiones sugerían, correctamente, que el programa revisado de reformas estructurales del *New Deal* era menos rupturista con el pasado que la NIRA.

Al mismo tiempo, el Viejo Tribunal ayudó a ampliar el campo del debate. Mientras Roosevelt se centraba en la necesidad de obtener el consentimiento popular para una espectacular expansión de los poderes del gobierno nacional, las decisiones del Tribunal hacían correctamente hincapié en que había muchas más cosas en juego. Desde la Guerra Civil,

---

[70] Véase A. Schlesinger, *The Age of Roosevelt: The Politics of Upheaval*, cit., cap. 21. Alan Brinkley discute con sensibilidad este cambio en *The End of Reform:* : *New Deal Liberalism in Recession and War*, cit., caps. 2 y 3.

[71] Aunque con varias duras advertencias en el ámbito subconstitucional, véase *Jones v. Securities Commission*, 298 U.S., 1936, p. 28.

[72] Retirement *Board v. Alton Railroad Co.*, 295 U.S., 1935, p. 330.

[73] Véase *United States v. Butler*, 279 U.S., 1936, p. 1; *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S., 1936, p. 238. Para una defensa rígida, pero útil, de los dictámenes mayoritarios en estos casos basados en las líneas predominantes de casos precedentes, véase Richard Maidment, *The Judicial Response to the New Deal: The US Supreme Court and economic regulation, 1934-1936*, Manchester, University of Manchester Press, 1991, cap. 6

los magistrados habían formulado principios de libertad que limitaban el funcionamiento del gobierno a todos los niveles, tanto estatales como federales. Hablando en general, estos principios presentaban la propiedad privada y la libertad de contrato como los baluartes constitucionales centrales de la libertad individual contra la tiranía de la mayoría. Pero estas interpretaciones tipo *laissez-faire* frustrarían sistemáticamente las reformas estructurales en curso que la Democracia del *New Deal* iba a representar en la mente de los estadounidenses.

El Tribunal dejó clara su postura en *Louisville Bank v. Radford*[74] el mismo «lunes negro» que invalidó la NIRA. El desafío constitucional del Tribunal en *Radford* fue no menos fundamental que en *Schechter*. Tenía que ver con la *Frazier-Lemke Act* de 1934, una respuesta paradigmática del *New Deal* a la crisis económica que estaba expulsando a cientos de miles de agricultores y granjeros de sus tierras en una ola de ejecuciones hipotecarias. En vez de permitir que este éxodo masivo continuase, el Congreso prestó una ayuda extraordinaria a los agricultores y granjeros hipotecados, garantizándoles cinco años de posesión si pagaban a sus acreedores un «alquiler razonable establecido por el Tribunal» y permitiéndoles saldar su deuda pagando el valor al que se tasase su propiedad[75].

En un contexto constitucional moderno, no hay en la *Frazier-Lemke Act* nada que provoque mucha inquietud. Es cierto que el Congreso obligó a los acreedores a aceptar el pago de un alquiler en vez de reconocerles su derecho común a la posesión inmediata, pero en la medida en que los tribunales analizasen de un modo «razonable» la cuantía de estos alquileres, ¿no estaban los acreedores sacando una rentabilidad a su dinero? También es difícil detectar graves motivos de queja en la disposición que permitía a los deudores comprar sus propiedades al precio tasado: ¿podían los bancos insistir razonablemente en obtener una compensación superior al precio de mercado?

Dadas las quejas menores de los bancos, el Congreso parecía estar en terreno firme para determinar que este innovador programa regulador generaría beneficios muy sustanciales. En vez de permitir que los bancos siguiesen arrancando de sus tierras a miles de granjeros y propietarios de viviendas, la *Frazier-Lemke Act* prometía a estas personas una forma de mantenerse con relativa dignidad dentro de sus comunidades tradicionales. En una época de grave crisis económica, ¿acaso no era esto especialmente valioso?

Como mínimo, este es el tipo de razonamiento coste-beneficio que el Congreso está perfectamente autorizado a llevar a cabo, o al menos esta es la conclusión a la que han sido enseñados a llegar los juristas constitucionales modernos. *Radford*, por consiguiente, es un buen símbolo de la

---

[74] *Louisville Bank v. Radford*, 295 U.S., 1935, p. 555.
[75] *Ibid.*, p. 593.

profunda línea divisoria que separa la época actual de la que llegó a su fin en 1935. El Tribunal no solo revocó este inocuo ejercicio de ingeniería social, sino que lo hizo por unanimidad. Y de un modo no menos notable, el dictamen lo redactó Louis Brandeis, el santo patrón del bloque «liberal». A su modo de ver, el plan del Congreso privaba a los acreedores de «la esencia misma de lo que se entiende por un préstamo hipotecario»[76]. Desdeñando por irrelevantes los «datos económicos» presentados por los defensores de la ley[77], Brandeis consideró que privar a los acreedores de los intereses de su propiedad era una violación de la Quinta Enmienda.

El dictamen, en suma, era una representación muy notable del hombre que había convertido el «Informe Brandeis» en el lema de un uso legal innovador de la ciencia social. Sin embargo, había mucha sabiduría en la decisión de Brandeis de redactar un dictamen del Tribunal que podía pasar fácilmente por una obra maestra *lochneriana* escrita por el juez Sutherland o por el juez Butler. Asociándose con sus colegas más conservadores, Brandeis y sus amigos «liberales» estaban dejando claro que el *New Deal* se proponía hacer algo más que arañar los bordes de la tradición del *laissez-faire* constitucional y que estaba dispuesto a repudiar la línea base constitucional que las generaciones anteriores habían construido a partir de los principios nucleares de la propiedad y el contrato. Cuando los estadounidenses se apercibiesen de la profundidad de la crítica que hacía el *New Deal* del derecho común, ¿estarían realmente dispuestos a respaldarlo?

Una vez planteada esta cuestión, los liberales no tenían inconveniente en discrepar en otros casos del compromiso más sólido de los conservadores con el constitucionalismo del *laissez-faire*. En su famosa discrepancia de 1932 en *New State Ice Company v. Leibmann*[78], por ejemplo, Brandeis protestaba contra la vindicación que hacía el Tribunal del derecho de un pequeño empresario a «iniciar un negocio legal» pese a la negativa estatal a darle un certificado [de necesidad y conveniencia]. En este contexto, a Brandeis no le preocupaba en absoluto el hecho de que «un certificado de necesidad y conveniencia era algo desconocido por el derecho común» y, por consiguiente, defendía la autoridad del estado democrático para responder a las necesidades de la «era de la mecanización» dando una nueva forma a los derechos de propiedad «para promover el interés público»[79]. De hecho, en determinados asuntos, los liberales atraían a veces a una mayoría a favor de su punto de vista más instrumental de la propiedad privada[80].

---

[76] *Ibid.*, p. 580.
[77] *Ibid.*, p. 599.
[78] *New State Ice Company v. Leibmann*, 285 U.S., 1932, pp. 62, 280.
[79] *Ibid.*, p. 282.
[80] Véase, por ejemplo, *Nebbia v. New York*, 291 U.S., 1934, p. 502. Este caso se trata a veces como una decisión revolucionaria que destruye los fundamentos de la doctrina establecida. Yo rechazo este punto de vista en el capítulo 12, pp. 359-377 y notas 37 y 38.

En ningún momento, sin embargo, se sugirió que el Tribunal estuviese dispuesto a cargarse todo el marco tradicional[81]. Considérese su gesto de despedida antes de las elecciones de 1936. El 1 de junio, el Tribunal revocó una ley neoyorquina que prescribía un salario mínimo para las mujeres. En vez de retomar la cuestión para debatirla de nuevo, la mayoría consideró suficiente invocar la autoridad de la histórica decisión tomada en 1923 por el juez Sutherland en *Adkins v. Children's Hospital*[82]. Esta vez Hughes se unió a los tres liberales en su discrepancia, aunque con un dictamen muy cauteloso. Aunque el juez Stone redactó un dictamen más duro en el que pedía el rechazo de *Adkins*, sería un error hacer una interpretación forzada de este texto. Como hemos visto, ni Stone ni nadie estaba dispuesto a repudiar completamente el marco del constitucionalismo del *laissez-faire*.

El patrón más amplio de decisiones, por consiguiente, hizo una contribución muy útil. Un Tribunal unánime se mantuvo firme respecto a los principios nucleares del contrato y la propiedad en *Radford*, igual que lo había sido respecto a los principios tradicionales del federalismo y del poder presidencial en *Schechter*[83]. Al miso tiempo, el Tribunal llevó a cabo un brillante debate sobre hasta qué punto este marco básico tenía que adaptarse para acomodarlo al activismo del *New Deal*, con los liberales dando más importancia al poder gubernamental y los conservadores insistiendo en una mayor protección a los principios del federalismo y del libre mercado. Como muchas disputas familiares, esta degeneró en ocasiones en el insulto. pero por ello no debe hacernos perder de vista el importante papel que jugó el Tribunal en el debate general.

Aquí las discrepancias entre jueces liberales y jueces conservadores palidecen comparadas con el conflicto existente entre el Tribunal y el Presidente. En su respuesta a *Schechter*, Roosevelt puso en conocimiento del país que el *New Deal* tenía la intención de desmantelar el marco mismo del constitucionalismo tradicional, y ahora estaba convenciendo al Congreso para que respaldase un segundo programa legislativo más sofisticado que pretendía hacer una redefinición revolucionaria de la relación de los ciudadanos con el Estado-nación. Una fuerza irresistible estaba a punto de colisionar con un objeto inmóvil. El resultado dependería de las elecciones de 1936.

---

[81] R. D. Friedman pasa por alto este punto básico, «Switching Time and Other Thought Experiments», cit., p. 1891. Si bien Friedman comprende muy bien el funcionamiento de determinados casos, no se aparta del metarrelato tradicional que menosprecia el período de resistencia del viejo sistema judicial. Incluso en ese contexto, Friedman hace demasiado hincapié en las decisiones disputadas y muy poco en las unánimes, como *Radford*.

[82] *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S., 1936, pp. 587, 604.

[83] Sobre el poder presidencial, véase también *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S., 1935, p. 602.

Las elecciones desencadenantes

Como dijo Herbert Hoover en la convención del Partido Republicano:

> El pueblo estadounidense ha de dar gracias al Todopoderoso por la Constitución y el Tribunal Supremo. Y ha de estar agradecido por tener una prensa tan valiente. Podemos imaginar qué habría sucedido si Mr. Roosevelt hubiese podido nombrar los jueces suficientes en el Tribunal Supremo durante el primer año de su mandato. Supongamos que estas leyes del *New Deal* hubiesen pasado a formar parte del corpus legal. Nos habríamos convertido en un pueblo regimentado. ¿Puede alguien asegurar que no hará estos nombramientos si es reelegido?[84].

Al final de esta intervención –un implacable asalto al *New Deal* y a todas sus obras– Hoover había convertido la fe republicana en un auténtico frenesí. Por un momento, la vitoreante multitud pareció estar al borde de lanzarse a la destrucción política concediendo a Hoover un tercer intento en la Presidencia[85].

Pero el momento pasó y la cordura política se impuso de nuevo. La convención se volvió hacia Alf Landon, el único gobernador republicano que había ganado las elecciones en 1934. Landon no era solamente una cara nueva. No era en absoluto un crítico total del *New Deal*, y aceptaba la legitimidad de una serie de iniciativas estructurales, incluida la ayuda federal a la agricultura, la asistencia pública y (de un modo aún más notable), las pensiones a la vejez. En estos asuntos, su protesta adoptó la moderna forma Republicana, centrándose en los medios, no en los fines: el despilfarro, la burocracia y la centralización, que se han convertido en los lemas de las críticas de campaña desde entonces[86]. Aunque la voz de Landon se volvió más estridente durante la campaña, y fue a veces superada por la de los Republicanos más intransigentes, su designación representa un primer reconocimiento tentativo por parte de la dirección del Partido del antiguo régimen de que el Pueblo había iniciado realmente el proceso de repensar los fundamentos mismos del gobierno estadounidense.

---

[84] Herbert Hoover, *Platforms and Speeches at the Republican and Democratic Conventions*, 1936 (el texto mecanografiado puede consultarse en la Biblioteca del Congreso).

[85] Véase, por ejemplo, R. Smith, *An Uncommon Man: The Triumph of Herbert Hoover*, Nueva York, Simon and Schuster, 1984, pp. 224-228.

[86] Landon persuadió a la convención para que incluyese algunos de estos temas contemporizadores en el programa del partido. A. Schlesinger (ed.), *History of American Presidential Elections*, cit., vol. 3, p. 2865. Para una selección de los discursos y ensayos de Alfred M. Landon, véase su *America at the Crossroads*, Nueva York, Dodge Publishing Company, 1936.

Al mismo tiempo, Landon seguía apelando al Pueblo para que frenase una revolución constitucional. Hizo hincapié en esta idea en su discurso en el Madison Square Garden de Nueva York. A pocos días de las elecciones, Landon repitió sus críticas a determinados programas del *New Deal*: la *Agricultural Adjustment Act* (AAA), la *National Recovery Administration* (NRA), la *Social Security Act*, etcétera. Después de cada asalto, retaba a su audiencia a considerar cómo sería la política del Presidente si resultaba reelegido, y la respuesta era: «Nadie puede estar seguro».

Dejaré que Landon hable por sí mismo en el momento culminante de su retórica:

> Y llego finalmente al tema subyacente y fundamental de esta campaña, que es si nuestra forma estadounidense de gobierno ha de ser preservada.
>
> Volvamos por un momento a los hechos.
>
> El Presidente ha sido el responsable de la promulgación de nueve leyes declaradas inconstitucionales por el Tribunal Supremo.
>
> Ha instado públicamente al Congreso a aprobar una ley pese a existir dudas razonables acerca de su constitucionalidad.
>
> Ha menospreciado públicamente al Tribunal Supremo de Estados Unidos.
>
> Ha sugerido públicamente que la Constitución es un documento desfasado […].
>
> Cada una de estas acciones –y la lista no es en absoluto completa– ataca directamente al centro mismo de la forma de gobierno estadounidense.
>
> Nuestra Constitución no es un trozo de papel sin alma. Es la ley subyacente del país y la carta de libertades de nuestro pueblo. El pueblo, y solo él, tiene derecho a enmendarla o a destruirla. Y mientras el pueblo no decida, en su sabiduría conjunta, hacer el cambio, es el deber de los servidores del pueblo defender la Constitución. El significado del juramento que hacen al asumir el cargo es respetar la Constitución.
>
> Nuestro sistema federal nos deja un gran margen de libertad. Pero si los cambios en la civilización hacen deseable introducir enmiendas en la Constitución, hemos de enmendarla. Ha sido enmendada en el pasado y puede serlo en el futuro.
>
> Ya he dejado clara mi postura sobre esta cuestión. Ya he dicho que si los estados no pueden regular unas condiciones adecuadas de trabajo, yo estoy a favor de una enmienda constitucional que dé a los estados los poderes necesarios.
>
> ¿Y cuáles son las intenciones del Presidente con respecto a la Constitución? ¿Acaso cree que es necesario hacer cambios? Y si

> lo cree necesario, ¿someterá una enmienda al pueblo o se saltará la Constitución manipulando al Tribunal Supremo?
>
> La respuesta es: nadie puede estar seguro[87].

Landon tenía toda la razón. Roosevelt había planteado estas cuestiones en su respuesta a *Schechter* y el programa del Partido Demócrata, redactado de acuerdo con las instrucciones expresas del Presidente, no las resolvía. La verdad es que prometía «abordar los problemas nacionales urgentes [...] legislando de acuerdo con la Constitución». Si esto fracasaba, prometía buscar una «enmienda clarificadora [...] para regular el comercio, proteger la salud y la seguridad pública y salvaguardar la seguridad económica»[88]. Pero estas formulaciones dejan el estatus de la expansión del Tribunal Supremo sin aclarar: Congresos anteriores habían «jugado» con el tamaño del Tribunal. Landon pisaba terreno firme cuando acusaba a Roosevelt de que quizá tuviese en mente planes similares.

Pese a las exhortaciones de algunos de sus consejeros, el Presidente se negó a responder explícitamente las acusaciones de Landon. Si bien estaba interesado en los valores básicos, se negaba a permitir que las preguntas de Landon relativas a la técnica de la producción normativa de carácter superior desviasen la atención de la opción constitucional central que él tenía la intención de presentar al Pueblo. Como explicó en su discurso de aceptación en la convención del Partido Demócrata de Filadelfia:

> Filadelfia es una buena ciudad para escribir la historia estadounidense. Es un buen lugar para reafirmar la fe de nuestros padres; para prometernos a nosotros mismos restablecer al pueblo una libertad mayor; para dar a 1936, como los Fundadores dieron a 1776, una forma de vida estadounidense.
>
> La palabra libertad, en sí misma y necesariamente, sugiere la ausencia de un poder restrictivo. En 1776 buscábamos liberarnos de la tiranía de una autocracia política, la de los monárquicos del siglo XVIII que disfrutaban de los privilegios especiales que les concedía la corona [...].
>
> Desde aquella batalla por la libertad, sin embargo, la inventiva humana ha desplegado nuevas fuerzas en nuestra tierra que han reordenado la vida de nuestro pueblo. La era de las máquinas, del ferrocarril, del acero y la electricidad, del telégrafo y la radio, de la producción y de la distribución en masa, todo ello combinado para crear una nueva civilización, y con ella un nuevo problema para aquellos que buscan permanecer libres.

---

[87] Discurso del gobernador Landon, 29 de octubre de 1936, en A. Schlesinger (ed.), *History of American Presidential Elections*, cit., pp. 2894, 2898.

[88] *Ibid.*, pp. 2851, 2854-2855.

A partir de esta civilización los monárquicos económicos han tratado de crear nuevas dinastías […].

Era natural y quizá humano que los príncipes privilegiados de estas nuevas dinastías económicas, sedientos de poder, tratasen de hacerse con el control del propio Gobierno […]. Y a consecuencia de ello, el hombre de la calle se ve confrontado una vez más con el mismo problema con el que se vio confrontado el miliciano de la Guerra de Independencia […].

La libertad presupone la oportunidad de ganarse la vida, de vivir de una forma decente de acuerdo con los estándares de la época, una vida que dé al hombre no sólo lo suficiente para vivir, sino algo por lo que vivir.

Para muchos de nosotros, la igualdad política que en su día conseguimos carecía de sentido si iba acompañada de la desigualdad económica… Para muchos de nosotros, la vida ya no era una vida libre; la libertad ya no era real; los hombres ya no podían perseguir la felicidad.

Ante una tiranía económica como esta, el ciudadano estadounidense solo podía recurrir al poder organizado del Gobierno. El colapso de 1929 mostró la verdadera cara del despotismo. Las elecciones de 1932 fueron un mandato del pueblo para terminar con ese despotismo. Y gracias a este mandato, estamos terminando con él […].

Hoy estamos comprometidos con la proposición de que la libertad no es una cosa divisible. Si al ciudadano medio se le garantiza la igualdad de oportunidades en el colegio electoral, también tiene que tener las mismas oportunidades en el mercado.

Estos monárquicos económicos se quejan de que queremos derrocar las instituciones estadounidenses, pero de lo que en realidad se están quejando es de que tratemos de arrebatarles el poder. En vano buscan esconderse tras la enseña nacional y la Constitución. En su ceguera se olvidan de lo que significan la bandera y la Constitución. Hoy como ayer significan democracia, no tiranía; libertad, no sometimiento; todo lo contrario de una dictadura de la turba y de los más privilegiados al mismo tiempo[89].

* * * * *

Olvídese de momento el lector de qué argumentos le parecen más veraces, los de Roosevelt o los de Landon. *Ambos* estaban planteando cuestiones básicas. No es poca cosa que un sistema político se centre en los asuntos fundamentales de una forma tan incisiva. La mayor parte del mérito

[89] S. I. Rosenman (ed.), *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, cit., pp. 230, 231-234.

corresponde al pueblo estadounidense, que ha sabido rechazar a los demagogos que pretendían arrastrarlo a un abismo moral.

Pero la Constitución también tiene su parte de mérito por la forma en que estructuró la lucha para permitir que los antagonistas planteasen una controversia en vez de ignorarse mutuamente. Pese a la afirmación de Roosevelt en sentido contrario, las elecciones de 1932 tuvieron poca relación con «el mandato del pueblo» tal como se definía ahora. En aquel momento, los estadounidenses habían simplemente repudiado el Republicanismo progresista representado por Hoover al considerarlo totalmente inadecuado; el mandato de Roosevelt, como él mismo sabía muy bien, era el de experimentar con unos enfoques más intervencionistas sin la certeza de que los estadounidenses los aprobarían. Solo con las elecciones de 1934 podría el Presidente empezar a reclamar un auténtico apoyo a su programa más afirmativo, pero incluso entonces su visión era muy diferente de la que ahora presentaba a la convención de Filadelfia. La NIRA no era un asalto al «monarquismo económico». En todo caso, consolidaba el control de la elite empresarial sobre sus feudos industriales, suspendiendo las leyes antimonopolio y dando a las empresas dominantes un papel central en el orden industrial emergente. Esta era, naturalmente, la razón de que personas como Brandeis le dieran un apoyo tan entusiasta.

Solo como respuesta al Tribunal Supremo, Roosevelt y los defensores del *New Deal* reconsideraron su forma de proceder, lo cual desembocó en las iniciativas legislativas del segundo *New Deal* y al intento de Filadelfia de formular el significado de dichas iniciativas en unos términos conscientemente constitucionales. El lema de Roosevelt era ahora el renacimiento de la libertad, y no el imperativo de la planificación central. Pero se trataba de una nueva libertad, definida a la luz de las realidades modernas que por otro lado no respetaba las afirmaciones sobre la igualdad de oportunidades. Era una libertad que no podía alcanzarse en oposición al estado, sino solo mediante el control democrático del mercado: «Si al ciudadano medio se le garantiza la igualdad de oportunidades en el colegio electoral, también tiene que tener las mismas oportunidades en el mercado».

En este momento, los Republicanos se bajaron del tren. Aunque Landon estaba dispuesto a respaldar una versión más intervencionista del republicanismo progresista, no estaba dispuesto a revisar la antigua definición constitucional de la libertad, estrechamente vinculada a los principios de gobierno nacional limitado, libertad de contrato y propiedad privada. Como máximo, podía respaldar una enmienda constitucional que autorizase la regulación por parte de los estados (no federal) de horarios y salarios, pero no estaba en absoluto dispuesto a aceptar la afirmación del *New Deal* según la cual la libertad solo podía alcanzarse mediante el Estado y no contra él; ni la afirmación de Roosevelt según la cual el viejo régimen

constitucional había degenerado en una cortina de humo legalista para tapar un mundo en el que «la vida ya no era libre; la libertad ya no era real; los hombres ya no podían perseguir la felicidad». Al contrario, la promesa de libertad del *New Deal* abría unas perspectivas alarmantes: «¿intentará saltarse la Constitución manipulando al Tribunal Supremo?».

Con estas cuestiones zumbándoles en los oídos, los estadounidenses fueron a las urnas, y dieron a Roosevelt y al *New Deal* la mayor victoria jamás obtenida por nadie en la historia estadounidense. Landon obtuvo solamente los votos electorales de Maine y de New Hampshire, con solo un 36,5 por 100 del voto popular, y porcentajes de un 45 por 100 en solo cuatro estados. Los Republicanos obtuvieron ochenta y nueve escaños en la Cámara de Representantes y dieciséis en el Senado[90]. Y lo que es más importante, las elecciones de 1936 cimentaron el control del Partido Demócrata sobre la vida estadounidense durante toda una generación. De hecho, no hemos asistido todavía a ningún otro ejemplo comparable de reajuste político tan masivo y duradero[91].

Y lo mismo vale si miramos hacia atrás. Pese a los avances en la teoría de la soberanía popular, los logros mayoritarios de Federalistas y Republicanos fueron en realidad bastante modestos. En ambas ocasiones, los reformadores revolucionarios obtuvieron el apoyo de unas mayorías muy pequeñas a sus iniciativas no convencionales para «una Unión más perfecta». En cambio, el modelo de democracia del *New Deal* consiguió en la práctica lo que Federalistas y Republicanos habían buscado en teoría: el apoyo creciente de una mayoría decisiva de estadounidenses de toda la nación frente al elocuente intento de los conservadores de poner un límite a la reforma revolucionaria.

Naturalmente, no todos los estadounidenses se habían convertido mágicamente en seguidores entusiastas del *New Deal*. Alf Landon atrajo a diecisiete millones de votantes a la lista Republicana en 1936, y la resistencia del Tribunal Supremo jugó un papel especialmente importante a la hora de reconciliar a estos discrepantes con la transformación general. Pese a la amargura con que los Republicanos que quedaban condenaron a «ese tipo de la Casa Blanca», había algo que ninguno de ellos podía razonablemente negar. Para conseguir la reelección, Roosevelt se había visto obligado a buscar apoyo popular para contrarrestar la feroz crítica constitucional dirigida por el Tribunal. Pero cuando Landon hizo un enérgico llamamiento al pueblo en defensa de su tradición constitucional, los estadounidenses se sintieron más llamados por la urgente necesidad de una reforma revolucionaria. Aunque los Republicanos creyesen sinceramente

---

[90] W. Leuchtenburg, «The Elecion of 1936», en A. Schlesinger (ed.), *History of American Presidential Elections*, cit., vol. 3, pp. 2842-2843.

[91] Véase Byron Shafer (ed.), *The End of Realignment?: Interpreting American Electoral Eras*, Madison (WI), University of Wisconsin Press, 1991.

que sus conciudadanos habían cometido un trágico error, no podían negar que el Pueblo había dado un apoyo decisivo a los Demócratas con los ojos bien abiertos. Planteando la cuestión del principio constitucional tan elocuentemente durante el primer mandato de experimentación de Roosevelt, el Tribunal Supremo había desempeñado un papel clave al establecer, *incluso para los que se oponían al New Deal*, que el Pueblo estaba efectivamente respaldando un cambio en su filosofía de gobierno.

¿Cómo propusieron, por consiguiente, Roosevelt y el Congreso que fuese interpretado su mandato?

XI
LAS ENMIENDAS FALTANTES

¿Hiperformalismo?

En el capítulo anterior he cuestionado el punto de vista predominante sobre el enfrentamiento entre el Viejo Tribunal y el *New Deal*. La opinión más aceptada desacredita al Tribunal y sugiere que los nueve magistrados tenían que haber dado su sello de aprobación constitucional al primer *New Deal*. Ya he puesto de manifiesto cómo la resistencia judicial contribuyó al carácter democrático del resultado. Primero, obligó a los estadounidenses a reconocer que el emergente *New Deal* cuestionaba su compromiso constitucional con el mercado libre y el gobierno nacional limitado. Segundo, invitaba a los estadounidenses a discriminar entre el verdadero corporativismo de la NIRA y un liberalismo intervencionista que buscaba regular el mercado, no abolirlo. Tercero, profundizaba el diálogo político: ¿qué pensaba realmente el pueblo estadounidense acerca de *los principios* subyacentes a una ley del salario mínimo[1], una ley de la jubilación[2] o una ley de subsidios a la agricultura?[3]. Finalmente, hacía hincapié más que nadie en que la elite política de Washington DC, no había todavía decidido con autoridad las cuestiones de identidad constitucional suscitadas por el *New Deal*, y que correspondía al pueblo estadounidense tomar esta decisión en un contexto que hacía hincapié en el aspecto de principio de la lucha.

Todo esto podía haberse perdido si, como sugiere el mito dominante, el Tribunal Supremo hubiese aprobado la primera ronda de iniciativas del *New Deal*. De acuerdo con este guión, las elecciones de 1936 habrían tenido lugar en unas condiciones confusas. El Presidente y el Congreso podrían haber dudado entre el auténtico corporativismo y el Estado de bienestar liberal. Roosevelt podría haber hecho una campaña enteramente centrada en el carisma personal y en las recompensas presidenciales. Estos factores siempre desempeñan un papel importante en la política estadounidense,

[1] *Morehead v. New York ex. Rel. Tipaldo*, 298 U.S., 1936, p. 587.
[2] *Railroad Retirement Board v. Alton Railroad*, 295 U.S., 1935, p. 330.
[3] *United States v. Butler*, 297 U.S., 1936, p. 1.

pero la oposición del Tribunal hizo imposible evitar las cuestiones de principio. De hecho, la campaña de Roosevelt de 1936 elaboró las premisas básicas del emergente *New Deal* de un modo mucho más incisivo que cualquier cosa que hubiera dicho Roosevelt en 1932.

Al mismo tiempo, Landon y sus partidarios hicieron hincapié en el peligro de la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo en sus desesperados intentos de movilizar al pueblo estadounidense. En palabras de H. L. Mencken:

> Durante su segundo mandato, si lo obtiene, [Roosevelt] tendrá que elegir al menos a tres nuevos magistrados, y quizá a los nueve, pues el más joven de ellos ya ha dejado atrás los sesenta [...]. Que nombre a unos jueces que realmente crean en la Constitución es altamente improbable. Es inmensamente más probable que defiendan el tipo de revisión que ampliaría enormemente su propio poder.
>
> Así, su reelección desencadenará el ataque más violento contra la Constitución que jamás se haya cometido, al menos desde que el honorable Abraham Lincoln la suspendió durante la Guerra Civil. No perderá el tiempo (ni correrá riesgos) tratando de cambiarla mediante el metódico proceso de introducir enmiendas. Lo que hará será lanzar sobre ella a sus títeres judiciales, pidiéndoles tan solo que hagan un trabajo concienzudo[4].

Mencken estaba expresendo una obviedad: la Constitución tradicional se estaba acercando a un punto en el que ya no había vuelta atrás.

Para describir mi tesis con una sola palabra, aunque se haya abusado mucho de ella, diré que el mito reinante es insuficientemente dialéctico. Se centra en cada uno de los «noes» pronunciados por el Tribunal Supremo sin tratar de entender cómo estas negativas contribuyeron a dar forma a los subsiguientes «síes» que pronunciaron los partidarios del *New Deal* en Washington y el pueblo estadounidense en general. El «no» del Tribunal en *Schechter* obligó al *New Deal* a decidirse sobre el corporativismo y a decir «sí» a una reforma estructural sistemática; el «no» del Tribunal a unas reformas liberales particulares dotó de un significado concreto al asalto del *New Deal* a los principios tradicionales. En respuesta a la categórica advertencia del Tribunal de que *había* algo nuevo en el *New Deal*, ¿iba el pueblo estadounidense a frenar a los Demócratas en las elecciones de 1936?

Los resultados fueron abrumadores. Los Demócratas regresaron al Congreso y a la Casa Blanca con una muestra de apoyo popular nunca vista antes ni ahora. Pero los números por sí solos no son ninguna

---

[4] H. L. Mencken, «Burying the Dead Horse», 17 de agosto de 1936, reimpreso en *Carnival of Buncombe*, Baltimore (MD), The Johns Hopkins University Press, 1956, pp. 314-315.

interpretación. Fue cosa del Presidente, de los 331 Demócratas de la Cámara de Representantes y de los 76 Demócratas del Senado elaborar el significado de su mandato, siendo conscientes todo el tiempo de que una vez más se verían obligados a defender la interpretación que habían hecho en las urnas en solo dos años.

Este capítulo se centra en la forma en que se definieron los temas constitucionales durante el período anterior a que el Tribunal iniciase su famoso cambio en la primavera de 1937. Hasta entonces, ni el Presidente, ni el Congreso, ni el país se imaginaban que los magistrados podían contribuir a resolver la crisis constitucional. En vez de ello, tuvieron que basarse en ellos mismos para definir los temas constitucionales fundamentales suscitados por las elecciones desencadenantes.

Roosevelt hizo su primer movimiento importante con su plan de reorganización judicial, que le habría permitido hacer seis nuevos nombramientos en el Tribunal Supremo. Esto provocó un debate constitucional muy sofisticado[5]. Los principales oponentes del Presidente no se presentaron a sí mismos como unos acérrimos defensores de la jurisprudencia tradicional. No menos que Roosevelt, reconocieron que el Pueblo estaba pidiendo un cambio fundamental en la dirección constitucional.

Negaban, sin embargo, que el Presidente hubiese dado con la forma correcta de implementar el cambio. A su modo de ver, había solo una forma de que el Presidente y su Partido pudiesen hablar de forma creíble por el Pueblo con una voz que implicase un proceso de producción normativa de carácter superior, y era utilizando las formas proporcionadas por el Artículo Cinco de la Constitución original. Para dejar constancia de su buena fe, los oponentes presentaron enmiendas constitucionales y suplicaron al gobierno que hiciese valer su peso apoyando alguna de sus propuestas. En respuesta, el Presidente se vio obligado a explicar por qué el Artículo Cinco era inadecuado, presentando una defensa cada vez más clara del liderazgo presidencial en el proceso de producción normativa de carácter superior.

La iniciativa del Presidente, en suma, catapultó al país a un gran debate de una importancia central para mi tesis principal: ¿tenía derecho el Presidente a reivindicar que las victorias electorales de los Demócratas habían dado a los partidarios del *New Deal* un mandato del Pueblo para llevar a cabo acciones no convencionales para constitucionalizar sus reformas revolucionarias? ¿O tenían razón sus oponentes cuando insistían en una interpretación monopolista del Artículo Cinco?

---

[5] La mayor parte de estudios sobre esta campaña recalcan los trapicheos y acuerdos políticos a expensas del debate constitucional. Leonard Baker, *Back to Back*: *The Duel between FDR and the Supreme Court*, Nueva York, The Macmillan Company, 1967, proporciona el tratamiento más completo; J. y T. Catledge, *The 168 Days*, cit., es una fuente contemporánea indispensable.

Justo entonces, el Tribunal Supremo decidió hacer su cambio a tiempo. Mientras las decisiones particulares se convertían en hitos, la recién descubierta consistencia de los magistrados era todavía más importante. Nunca más se encontraría el Tribunal con una reforma similar al *New Deal* que fuese más allá del poder del gobierno. En consecuencia, los protagonistas políticos relajaron sus propios esfuerzos creativos para calcular las condiciones de una nueva solución constitucional y permitir al Tribunal codificar los términos de la revolución del *New Deal*.

Este aspecto del asunto nos permite situar el «cambio a tiempo» en una nueva perspectiva. Lo que nos han contado a todos es que el Tribunal esperó demasiado tiempo antes de decidirse a dar un paso atrás. El derecho constitucional moderno contempla con un alivio no disimulado cómo el Tribunal Supremo responde a la ampliación de su número de magistrados reivindicando el *New Deal* sobre la base de unas Verdades Antiguas transmitidas por John Marshall y los Federalistas. Si, de todos modos, el Presidente, el Congreso y el país estaban saliendo adelante haciendo frente a la crisis sin la ayuda del Tribunal, hemos de plantearnos una pregunta diferente. ¿Dio el Tribunal marcha atrás demasiado pronto?

Abordaré esta cuestión más adelante, pero hay algo que quiero destacar ahora. El papel estratégico jugado por el Tribunal Supremo abortando el debate sobre el proceso de producción normativa de carácter superior debilita todavía más la postura del hipertextualismo. En muchas ocasiones me he encontrado con juristas reflexivos que responden a mis argumentos planteando la misma pregunta: si los creadores del *New Deal* obtuvieron un mandato del Pueblo a favor de una nueva solución constitucional, ¿por qué no utilizaron el Artículo Cinco para codificar las condiciones de su mandato?

Este capítulo muestra que los estadounidenses se estaban haciendo esta misma pregunta *hasta que el Tribunal Supremó liquidó el debate con su cambio a tiempo*. Naturalmente, nunca sabremos qué habría sucedido si el Tribunal hubiese mantenido su intransigencia. Quizá Roosevelt habría convencido al Congreso de que su mandato del pueblo se extendía a iniciativas no convencionales como la ampliación de su número de magistrados. Quizá sus oponentes le habrían obligado a ceder a sus demandas de presentar un paquete de enmiendas al Artículo Cinco. Exploraremos estas dos posibilidades. Pero estos escenarios alternativos no deben desviar nuestra atención de mi tesis central: en el sistema estadounidense, *el Tribunal Supremo es el que determina básicamente si una revolución constitucional será codificada de acuerdo con lo estipulado en el Artículo Cinco*. Solo si los magistrados se niegan a reconocer la legitimidad de una transformación, el Presidente y el Congreso tienen un incentivo para seguir la senda del Artículo Cinco.

Si esto es cierto, representa una carga para la exigencia hiperformalista de enmiendas al *New Deal*. Una cosa es que los creadores del *New Deal*, ante el desafío constante del Tribunal, no hubiesen promulgado ninguna enmienda, y otra muy distinta empeñarse en seguir la senda del Artículo Cinco después de la categórica señal emitida en 1937 por los magistrados según la cual podía confiarse en ellos para que codificasen la revolución del *New Deal* sin necesidad de una instrucción formal.

Teniendo en cuenta esta señal judicial y su predecible impacto en el debate en curso, se requiere un tipo especial de hiperformalismo antes de que los letrados y jueces actuales puedan sentirse justificados a la hora de ignorar los logros constitucionales de la década de 1930. De acuerdo con este tipo de argumentación, los artífices del *New Deal* fueron constitucionalmente negligentes cuando decidieron reducir la intensidad del debate sobre las enmiendas al Artículo Cinco, en respuesta a las enfáticas señales procedentes del Tribunal. Por lo que se refiere al hiperformalista, Roosevelt y el Congreso deberían haber ignorado la oferta de cooperación del Tribunal e insistir en trabajar los viñedos del Artículo Cinco. El hecho de que los Demócratas se sintiesen llevados por el cambio del Tribunal a una sensación de seguridad y confianza no debería ser una excusa para justificar su incapacidad de persistir en la senda formal. En consecuencia, los juristas del futuro pueden legítimamente ignorar los intentos del Tribunal del *New Deal* de tener en cuenta la voluntad del Pueblo y asentar al gobierno estadounidense sobre un nuevo fundamento.

Pero, ¿no resulta esto *muy* inverosímil?

La iniciativa del Presidente

El enfrentamiento entre el *New Deal* y el Viejo Tribunal había generado ya una ola de propuestas de enmienda constitucional antes de las elecciones de 1936. Durante el anterior período de sesiones del Congreso se habían sometido a consideración treinta y nueve enmiendas distintas dirigidas a abordar la crisis. Abarcaban una gama muy amplia, pero la mayoría se centraba en cuestiones relativas al poder federal y a la libertad de mercado suscitadas por el Presidente en su asalto de primera plana a *Schechter*. Cuando el 75º Congreso inició su trabajo después de las elecciones, tanto el líder de la mayoría en el Senado, Joseph Robinson, como el presidente de la Cámara de Representantes, William Bankhead, concedieron la máxima prioridad a esta cuestión: «Sin duda dicha enmienda provocaría mucho debate y requeriría tiempo», manifestó Robinson el 2 de enero, pero «puede que sea el mejor método». Esta declaración se publicó en primera página de *The New York Times*, y concluía que «el apoyo del

senador Robinson a la idea de la enmienda sirvió para convertir la cuestión en uno de los temas principales que deberá tratar el nuevo Congreso»[6]. El 8 de enero, el periódico publicaba este titular, también en primera página: «Basic Law Change Gains in Congress»:

> Declarándose totalmente en sintonía con los objetivos del presidente Roosevelt, William Bankhead dijo: «Espero que seamos capaces de encontrar la manera de llevar a cabo estos objetivos sin tener que recurrir a una enmienda constitucional, pero, a menos de que haya un cambio en la composición del Tribunal Supremo, me temo que toparemos de frente con la misma situación con la que topamos antes. No veo cómo podemos evitar tener que proceder a una enmienda constitucional»[7].

Los líderes del Congreso, como es natural, se centraron en la posibilidad de una enmienda formal, dado que esto les daba el máximo control a la hora de formular los términos de la revolución que representaba el *New Deal*.

Pero el siguiente movimiento lo hizo Roosevelt. Dado que el Artículo Cinco no implicaba explícitamente al Presidente en el proceso, podía permitirse especular de un modo más amplio acerca de sus opciones. Después de la aplastante victoria electoral, se dirigió a sus colaboradores más cercanos en los siguientes términos: «Desde las elecciones, hemos recibido muchas sugerencias para que vayamos a una convención constitucional para Estados Unidos, y hemos comprobado que no había forma de evitar que el asunto se nos fuera de las manos, teniendo en cuenta la presencia de Coughlin y otros chalados. Pero hay más de una manera de hacer las cosas»[8].

El comentario de Roosevelt es sorprendente. En un momento en que Stalin estaba organizando sus purgas judiciales, y Hitler proclamaba las leyes de Nuremberg, ¿podían los estadounidenses mostrar al mundo que una ciudadanía movilizada podía reconstruir radicalmente su gobierno «de un modo racional y libre»?[9].

---

[6] «Amendment Rises as a Session Issue», *The New York Times*, 3 de enero de 1937, p. 1.

[7] «Basic Law Changes Gains in Congress», *The New York Times*, 8 de enero de 1937, p. 1 (La cita se encuentra en una pieza aparte del reportaje).

[8] Citado en Barry Karl, *Executive Reorganization and Reform in the New Deal: The Genesis of Administrative Management, 1900-1939*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1963, p. 27, de la edición manuscrita de Louis Brownlow, *A Passion for Anonymity: The autobiography of Louis Brownlow*, Chicago, Chicago University Press, 1958, pp. 378-382. Buena parte del pasaje citado ha sido omitida en la versión publicada del libro.

[9] *The Federalist*, núm. 1, C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 3. Un libro muy reseñado que defiende esta propuesta es el de William Elliott, *The Need for Constitutional Reform: A Program for National Security*, Nueva York, McGraw-Hill Book Company, 1935, especialmente el capítulo 9. Todavía más impresionante es *Whose Constitution? An Inquiry into the General Welfare*, Indianapolis y Nueva York, The Bobbs-Merrill Company, 1936, del secretario de Agricultura Henry Wallace. Contiene una brillante exposición de las «formas no convencionales del arte de gobernar» practicadas por Madison y Hamilton durante el periodo de la Fundación y de sus implicaciones para la práctica de la política durante la década de 1930. Véase especialmente la primera parte, capítulo 6, titulada «1936, Shake Hands with 1787!», y toda la parte 3 («We the People»).

Es más, la república moderna ha pagado un precio muy alto por la incapacidad del Presidente de aprovechar la oportunidad del momento. En muchos sentidos el texto de 1787 es desigual con respecto a las realidades del liderazgo presidencial y del gobierno burocrático. Estados Unidos podría tener hoy una constitución mejor si los estadounidenses de la década de 1930 hubiesen tratado de reescribir el texto para abordar estas realidades emergentes.

Es posible, entonces, que Roosevelt estuviese en lo cierto al mostrarse esquivo. Quizá su temor a un éxito puramente demagógico expresaba algo más que su preocupación personal por perder el control de las prioridades. Si la convención hubiese presentado una respuesta seria a los problemas y promesas del gobierno intervencionista, ¿acaso sus soluciones habrían resistido la prueba del tiempo?

Nunca lo sabremos. Nuestra tarea es entender la Constitución que tenemos, no la que podríamos haber tenido. Y la Constitución real debe mucho a la decisión de Roosevelt de hacer las cosas como las hizo, sin convocar una convención, y sin ceder su papel de líder al Congreso.

El liderazgo presidencial

El 5 de febrero, el Presidente desveló su famoso plan de la ampliación del número de magistrados del Tribunal. Propuso una ley que le otorgaba el poder de nombrar a un nuevo juez del Tribunal Supremo cada vez que uno de sus magistrados llegase a los 70 años. Los titulares no estarían obligados a dimitir, pero si seguían en el cargo, el Tribunal sería ampliado para admitir al magistrado más joven como un igual. El tamaño del Tribunal quedaría en manos de los magistrados de más edad; si trataban de mantener su control de la situación, el número de miembros del tribunal podría ampliarse hasta el nuevo límite legal de quince; pero si se daban por aludidos y decidían dimitir, el Tribunal podía seguir teniendo solo nueve miembros: era «una cuestión de delicadeza», como dijo el Presidente, pero los magistrados más veteranos no estaban generalmente a la altura de los retos físicos e intelectuales que presentaba la forma moderna de litigar. Así, pues, ¿por qué no iban los magistrados a hacer lo correcto, aceptar la generosa pensión que les ofrecía la ley en nombre de una nación agradecida, y dejar paso a unos juristas más jóvenes y más en sintonía con los nuevos tiempos?

En la presentación inicial de su proyecto, Roosevelt evitó hacer una crítica directa a la doctrina constitucional del Tribunal. Presentó su iniciativa como parte de una reforma más amplia que afectaba a todos los jueces de todos los niveles. Su intento rejuvenecedor fue a su vez presentado como solo una parte de una reorganización más amplia de la totalidad del sistema judicial.

En vez de atacar a los conservadores del Tribunal, el Presidente destacó medio en broma que el muy conservador primer magistrado, el juez McReynolds, había hecho una propuesta similar cuando era el Fiscal general de Wilson, con la diferencia de que se había limitado a los tribunales inferiores. Roosevelt aseguró tranquilamente a su audiencia que él se limitaba simplemente a ampliar la buena idea de McReynolds a todos los tribunales. En la misma línea, el Fiscal General Homer Cummings incluyó un apéndice tecnocrático sugiriendo que los veteranos, a todos los niveles, tenían que ponerse al día. En general, el Presidente se presentó como si fuera un pragmático solucionador de problemas más que como un revolucionario constitucional[10].

Para sus oponentes, esta actitud no hacía sino añadir el engaño a los otros pecados del Presidente, pero desde un punto de vista técnico, la falta de dirección inicial de este mejoraba su posición legal. No hay nada en el texto constitucional que especifique el tamaño que ha de tener el Tribunal Supremo, que, como hemos visto, ha cambiado varias veces, y de manera especialmente frecuente durante la Guerra Civil y la Reconstrucción. Ningún constitucionalista importante ha negado nunca que el Congreso y el Presidente tengan la capacidad de reorganizar el sistema judicial para mejorar su eficacia. Al enmarcar explícitamente sus acciones en este terreno, el Presidente aumentó considerablemente la probabilidad de que el Viejo Tribunal aceptase la constitucionalidad de la ampliación del número de magistrados del Tribunal, caso de que se adoptase esta medida[11].

Más allá de estas (importantes) cuestiones de estrategia, la propuesta del Presidente se basaba en una aproximación más general al cambio constitucional. Como ha mostrado William Leuchtenburg (en el mejor artículo que se ha escrito sobre este tema)[12], la iniciativa de Roosevelt no fue –como se piensa a veces[13]– improvisada precipitadamente en unas cuantas sesiones poselectorales con su Fiscal General. Se produjo después de años de reflexión. Roosevelt se remitió muchas veces mentalmente a la forma en que los primeros ministros ingleses habían reducido el poder de veto de la Cámara de los Lores sobre la legislación mediante un proceso que podríamos denominar «*trastrocamiento* de los lores». Cuando topaban con la resistencia de la Cámara alta, los primeros ministros amenazaban con

---

[10] Véase, en general, S. I. Rosenman (ed.), The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt, cit., 1937, pp. 51-66.

[11] Ya desde *Fletcher v. Peck* , 10 U.S., 1810, p. 87, los tribunales se habían mostrado reticentes a sondear con demasiada profundidad las verdaderas motivaciones de los actores políticos, contentándose con las racionalizaciones incluidas en los documentos oficiales.

[12] «The origins of Franklin D. Roosevelt's "Court-packing" Plan», reimpreso en versión ampliada en W. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, cit., cap. 4.

[13] Véase, por ejemplo, J. Alsop y T. Catledge, *The 168 Days*, cit., cap. 1.

pedirle al rey que nombrase un número suficiente de pares para garantizar la aprobación en la Cámara de los Lores de un proyecto de ley aprobado en la Cámara de los Comunes. Estas amenazas fueron muy efectivas para obtener el consentimiento de los lores al gran proyecto de ley de reforma de 1832 que inició la democratización de la Cámara de los Comunes; dos generaciones después, la estrategia se empleó en respuesta al veto de los lores al presupuesto presentado por Lloyd George en su primer intento de corregir la mala distribución de la riqueza imperante. En ninguna de estas ocasiones se vio el primer ministro obligado a llevar a cabo su amenaza; la simple posibilidad de «*trastrocar*» a la Cámara de los Lores indujo a la Cámara Alta a dar marcha atrás[14].

Roosevelt se refirió repetidamente a estos precedentes mientras reflexionaba sobre sus opciones constitucionales durante su primer mandato[15]. Dado que el Presidente consideraba su *New Deal* como una continuación de esta tradición transatlántica de reforma liberal[16], es lógico que se sintiera impresionado por la técnica británica. Si la amenaza de «*trastrocar*» la Cámara de los Lores había sido eficaz para contrarrestar el veto de unos aristócratas ingleses no elegidos, ¿por qué no utilizar la misma técnica contra la aristocracia legal del Tribunal Supremo?

Esta no era la primera vez que los revolucionarios americanos apelaban a precedentes ingleses para llevar a cabo sus objetivos constitucionales. Como recordará el lector del capítulo 3, los Federalistas habían bebido de precedentes ingleses al convocar una «convención constitucional» para reorganizar la estructura de gobierno. Igual que Madison miró hacia atrás, a la Revolución Gloriosa, Roosevelt miró hacia los días de gloria del proyecto de ley de reforma de 1832 y del presupuesto de Lloyd George.

La diferencia de referencia histórica no debe ofuscarnos ante la posibilidad de una interpretación común del proyecto constitucional. Tanto Madison como Roosevelt estaban participando en una gran empresa transatlántica que durante siglos había intentado asegurar y ampliar los fundamentos de la democracia constitucional en el mundo de habla inglesa.

---

[14] Un buen resumen de la práctica británica, centrado en el conflicto provocado por el presupuesto de Lloyd George, se encuentra en Roy Jenkins, *Mr. Balfour's Poodle*, Nueva York, Chilmark Press,1954.

[15] Véase, por ejemplo, la elaborada (aunque históricamente inexacta) discusión que hizo Roosevelt de la práctica británica en la reunión de su gabinete ministerial del día 27 de diciembre de 1935, citada en Harold Ickes, *The Secret Diary of Harold Ickes*, Nueva York, Simon and Schuster, 1953, pp. 493-495. Leuchtenburg proporciona otros ejemplos en *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, cit., pp. 94-95, 277.

[16] Véase el excelente libro de Robert Kelley, *Transatlantic Persuasion: The Liberal-Democratic Mind in the Age of Gladstone*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 1969.

La respuesta del Congreso

Cuando Roosevelt dio a conocer su reorganización judicial, tenía motivos para confiar en el éxito. Con 331 Demócratas en la Cámara de Representantes y 76 en el Senado, podía permitirse muchas deserciones y tener de todos modos las mayorías necesarias para aprobar la ley. Las fuertes protestas del pequeño grupo de Republicanos en el Congreso no harían sino favorecerle, igual que el previsible clamor en contra de una prensa casi unánimemente afín al Partido Republicano. Había derrotado a estos «monárquicos económicos» en noviembre y podía derrotarlos de nuevo. Cuanta más firmeza mostrasen los Republicanos, más fácil lo tendría Roosevelt para presentar su protesta como una negativa a aceptar el veredicto de las urnas de 1936.

Reconociendo esto, los Republicanos del Congreso hicieron algo notable para unos políticos. Se callaron y trataron de reclutar a unos cuantos Demócratas para que ejercieran el papel de principales opositores[17]. Algunos Demócratas conservadores se mostraron dispuestos a colaborar, pero la pregunta era si habría Demócratas con credenciales liberales que quisieran hacerlo.

La rápida decisión afirmativa del senador Burton Wheeler fue fundamental. Antiguo partidario de Roosevelt, Wheeler era un gran defensor del *New Deal*. Su amarga ruptura con el gobierno le salió muy cara en Montana, un estado excepcionalmente dependiente de la liberalidad federal. Pese a todo asumió el liderazgo de la oposición bipartidista en el Senado[18]. Su papel bajo los focos nacionales escenificó de cara a sus colegas de Montana que incluso un buen *New Dealer* podía considerar que el Presidente estaba yendo más allá de los límites que le marcaba su mandato.

También privaba a Roosevelt de una ventaja organizativa inestimable. Sin alguien como Wheeler liderando la resistencia, el Presidente podría haber formado rápidamente una mayoría sólida mediante una combinación de encanto personal, clientelismo político, y el atractivo del efecto «subirse al tren»: ¡apúntate ahora que todavía no lo han hecho muchos de tus compañeros Demócratas y antes de que tu voto ya no sea necesario! Una vez que Wheeler y unos cuantos más se la hubieron jugado, lo lógico era que otros Demócratas optasen por esperar y ver: ¿se giraría la marea de la opinión pública a favor o en contra del Presidente?

---

[17] El carácter notable de la «"estrategia de silencio" republicana, que ha sido un rasgo más o menos espectacular de la lucha del Tribunal Supremo», fue ampliamente percibida. *The New York Times*, 4 de abril de 1937, secc. 4, p. 6. Véase también Arthur Krock, «First Kickback of New Republican Policy», *The New York Times*, 9 de abril de 1937, p. 20; J. Alsop y T. Catledge, *The 168 Days*, cit., pp. 97-100.
[18] *Ibid.*, pp. 100-105.

Pese a la centralidad de Wheeler, no se ha prestado la atención adecuada a sus puntos de vista constitucionales. Operativamente, representaban las condiciones para un compromiso potencial. Convocando a Wheeler al Despacho Oval y aceptando sus condiciones, Roosevelt habría decapitado a la oposición. Es igualmente indudable que a Wheeler –un hombre que tenía ambiciones presidenciales– le habría encantado volver al redil dictando él las condiciones[19].

Wheeler tenía muy bien pensados sus puntos de vista. Para empezar, no trataba de defender la jurisprudencia del Viejo Tribunal. Igual que Roosevelt, sabía muy bien que el Pueblo estaba pidiendo un cambio de dirección constitucional fundamental. En segundo lugar, y de un modo más sorprendente, Wheeler era muy crítico con el Artículo Cinco, lo cual se puso de manifiesto el 17 de febrero, cuando introdujo (junto con el senador Homer Bone) una resolución para que «se proponga el siguiente artículo como una enmienda a la Constitución»:

> Sección 1. En caso de que el Tribunal Supremo considere que una ley del Congreso o una disposición de dicha ley es inconstitucional, la cuestión con respecto a la constitucionalidad de dicha ley o disposición será rápidamente sometida al Congreso para que sea tramitada en la fecha practicable más inmediata que el Congreso tenga sesión [...]; pero no se adoptará ninguna medida por parte del Congreso sobre dicha cuestión hasta que se hayan celebrado las elecciones en las que se elige regularmente, de acuerdo con la ley, a los miembros de la Cámara de Representantes. Si dicha ley o disposición es aprobada por las dos terceras partes de ambas Cámaras del Congreso en la que se hayan elegido sus representantes en dichas elecciones, la citada ley o disposición será considerada constitucional y en vigor desde la fecha misma de su aprobación[20].

El objetivo último de dicha propuesta no difiere en nada de la del propio Presidente. Si la enmienda de Wheeler hubiese sido promulgada, el Tribunal Supremo habría ejercido un «veto suspensivo» condicional, supeditado a una anulación por parte de los políticos electos.

Pero esta era precisamente la fuerza de la analogía de Roosevelt respecto al trastrocamiento de la función de los lores». Tras la crisis provocada por el presupuesto de Lloyd George, los lores no habían sido reducidos a la nulidad constitucional. La amenaza del rey de trastrocar y redimensionar a los lores

---

[19] En 1940 Wheeler estaba en la lista de los presidenciables del Partido Demócrata, pero su oposición al cambio de la composición del Tribunal Supremo y a otras medidas rooseveltianas había disminuido sus posibilidades. Herbert Parmet y Marie Hecht, *Never Again: A President Runs For a Third Term*, Nueva York, The Macmillan Company, 1968, pp. 11-12.
[20] 75th Cong., 1st Sess., S. J. Res. 80 (15 de febrero de 1937).

les había inducido a cambiar su tradicional veto sobre la legislación por un veto más condicional. En lo sucesivo, el veto de los lores podría ser anulado por los comunes tras un período de reconsideración. Asimismo, si Roosevelt se hubiese impuesto, la mayoría de presidentes habría aceptado las decisiones del Tribunal sin protestar demasiado. Pero si los jueces hubiesen salido con una línea de precedentes que hubiese desatado airadas protestas públicas, los Presidentes habrían citado indudablemente el precedente rooseveltiano de la ampliación del número de magistrados y habrían amenazado al Tribunal con la intensificación de esa medida si no reconsideraban la cuestión.

En suma, *tanto Wheeler como Roosevelt estaban diseñando mecanismos que pretendían complementar las disposiciones existentes del Artículo Cinco limitando el Tribunal Supremo a un veto suspensivo en vez del veto absoluto que había ejercido tradicionalmente sobre la legislación democrática*. De hecho, la propuesta de Wheeler era en cierto modo más radical. Como puso de manifiesto el profesor de Harvard Thomas Reed Powell en un artículo publicado en el suplemento dominical de *The New York Times*:

> Se da una curiosa paradoja en la propuesta del Presidente […]. Es la que menos interferencias presenta con el poder judicial existente entre todas las que se han hecho hasta hoy. El Tribunal puede seguir actuando como lo ha hecho hasta ahora, mediante mayorías ordinarias y sin ver anulado su veto judicial por una decisión legislativa o por una nueva apelación al voto popular. Lo único que sucede es que a quienes ostentan actualmente el poder judicial les han salido unos colaboradores que aportan nuevos puntos de vista a sus consejos[21].

Powell es poco sincero, ya que el carácter de sentar precedente que tenía la iniciativa del Presidente habría proyectado seguramente una sombra sobre el futuro. De todos modos, ¿acaso no tenía razón cuando sugería que, al proporcionar un mecanismo formalizado que permitía a dos terceras partes del Congreso invalidar al Tribunal, Wheeler estaba estableciendo un mecanismo que podía utilizarse de un modo mucho más regular que las amenazas de ampliación y modificación de la composición del Tribunal Supremo que hacía el Presidente?

La notable convergencia entre el Presidente y su más destacado crítico se pone todavía más de manifiesto si volvemos al camino seguido por Roosevelt para formular su propuesta. En fecha tan temprana como diciembre de 1935, el Presidente había consultado a su gabinete acerca de las alternativas que tenía. Así es como el secretario de Interior Harold Ickes resumió sus puntos de vista en aquella ocasión:

[21] Thomas Reed Powell, «For 'Ills' of the Court: Shall We Operate?», *The New York Times* 3, p. 26, 18 de abril de 1937.

> El Presidente destacó que había tres maneras de hacer frente a aquella situación: (1) modificando el número de magistrados del Tribunal Supremo, lo que no era una buena idea; (2) tratando de que fuesen aprobadas varias enmiendas a la Constitución para hacer frente a las diferentes situaciones que pudieran presentarse; y (3) mediante un método que nos pidió que considerásemos muy detenidamente.
>
> El tercer método es, en sustancia, este: una enmienda a la Constitución que otorgue un poder explícito al Tribunal Supremo para declarar inconstitucionales determinadas leyes del Congreso, poder que no se reconoce en ninguna otra parte de la Constitución tal como está actualmente. La enmienda también daría al Tribunal Supremo jurisdicción original sobre cuestiones constitucionales relativas a las leyes. Si el Tribunal Supremo declaraba inconstitucional una ley del Congreso, y luego, una vez transcurridas unas elecciones al mismo, el Congreso aprobaba de nuevo la ley declarada inconstitucional, este carácter de inconstitucionalidad sería retirado y la ley entraría en vigor. Por este método habría efectivamente un referéndum en el país, aunque indirecto. En las elecciones al Congreso celebradas en el ínterin el tema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley sería indudablemente decidido[22].

En suma, Roosevelt y Wheeler estaban en la misma onda.

Esta convergencia no tiene nada de sorprendente. Tanto Wheeler como Roosevelt estaban expresando opiniones que habían ganado mucha aceptación después de décadas de iniciativas políticas contra los tribunales por parte de los movimientos obrero y progresista[23]. De hecho, los orígenes de la propuesta de Wheeler se remontaban a los días en que formaba tándem con Robert La Follette en la lista del Progressive Party para las elecciones presidenciales de 1924. Los candidatos de la lista se habían propuesto introducir una enmienda constitucional similar como parte de su campaña para dar un nuevo ímpetu a la soberanía popular: «Más allá y por encima de las constituciones y de las leyes, y mayor que todas ellas es la suprema soberanía del pueblo, y en ella ha de residir la decisión final sobre todas las grandes cuestiones de política nacional»[24]. Aunque Roosevelt siguió siendo un Demócrata estándar durante este período, estuvo constantemente en contacto con los círculos obreros y progresistas[25].

---

[22] H. Ickes, *The Secret Diary of Harold Ickes*, cit., p. 495.

[23] Véase, en general, William Ross, *A Muted Fury*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1994.

[24] Véase el programa de La Follette de 1924, puntos 5 y 11, en Kirk Porter y Bruce Johnson, *National Party Platforms*, Urbana (IL), University of Illinois Press, 1970, pp. 252, 254-55. Véase W. Ross, *A Muted Fury*, cit., cap. 11, y esp. pp 196-200.

[25] Durante las elecciones de 1924, Roosevelt había tratado de negociar un acuerdo entre los Demócratas de centro y los progresistas de La Follette. Véase Frank Freidel, *Franklin D. Roosevelt: The Ordeal*, Boston, Little, Brown & Co., 1954, pp. 173-175.

El Presidente siguió considerando seriamente hasta el último momento las enmiendas al estilo de Wheeler. Incluso mientras trabajaba con el Fiscal general Cummings en una propuesta para la ampliación del número de magistrados del Tribunal, estaba alentando a dos destacados miembros de la Casa Blanca, Ben Cohen y Tom Corcoran, a preparar la opción que él mismo prefería: una enmienda formal al Artículo Cinco. En el mismo momento en que el Presidente hacía pública su propuesta, el 5 de febrero, Cohen y Corcoran concluían un elaborado memorándum apoyando una enmienda al Artículo Cinco similar a la del senador Wheeler[26]. También he descubierto un memorándum de Cohen al Presidente, escrito en plena crisis, que sigue considerando la enmienda Wheeler-Bone como una de las principales alternativas del Presidente: «Si hay alguien en la presente sesión capaz de redactar una enmienda que obtenga el apoyo del Senado, no sé de nadie que esté mejor preparado para hacer este trabajo que […] el senador por Montana [Wheeler]»[27].

Más adelante retomaré las implicaciones más generales de este asunto. De momento, me limito a sugerir que el liderazgo de Wheeler contribuyó a centrar el debate subsiguiente en un tema fundamental, pero más limitado: no la necesidad de una revolución sustantiva en la doctrina constitucional, ni siquiera la necesidad de un complemento para el clásico procedimiento del Artículo Cinco para presentar enmiendas, sino la metacuestión: ¿de qué modo el suplemento pertinente al Artículo Cinco ha de aprobarse como norma de carácter superior?

Wheeler opinaba que el Artículo Cinco tenía que utilizarse para enmendar el Artículo Cinco; Roosevelt creía que los precedentes del pasado le autorizaban a proceder a la ampliación del número de magistrados del Tribunal.

---

[26] Más exactamente, la enmienda Cohen-Corcoran habría permitido que «el Congreso anulase por una mayoría de dos tercios cualquier decisión del Tribunal Supremo sobre la legislación federal inmediatamente después de que dicha decisión se hubiese tomado, o hacerlo por mayoría simple después de unas elecciones». También «permitía que el Congreso validase leyes estatales que hubiesen sido rechazadas por el Tribunal». Kenneth Davis, *FDR: Into the Storm, 1937-1940*, Nueva York Random House, 1993, p. 52. Esta propuesta difería de la de Wheeler en que permitía que una mayoría cualificada del Congreso anulase una decisión del Tribunal incluso antes de que los votantes tuviesen la posibilidad de considerar la cuestión en unas elecciones.

[27] Library of Congress, Benjamin V. Cohen Papers: Subject File 1918-83, Container 14: Supreme Court–Draft Folder. El memorándum de Cohen también selecciona otra propuesta de enmienda, la del senador William Borah, como seria candidata a su aprobación. Es mucho más crítico con el enfoque Wheeler-Bone que el anterior memorándum Cohen-Corcoran. Si bien se dirige formalmente al Presidente, está escrito para que este pueda fácilmente pasarlo a Wheeler en un intento de convencer al senador para que retirse su propuesta y vuelva al campo del Presidente.

El debate público

La propuesta del Presidente al Tribunal cayó como una bomba en el país. «Durante cinco meses los medios de comunicación, el Congreso y el presidente apenas prestaron atención a otros asuntos [...] y desde entonces el Tribunal no ha estado nunca en la agenda pública de un modo tan prominente, ni siquiera durante los días del Tribunal presidido por Warren», para decirlo como lo hace Greg Caldeira, cuyo estudio cuantitativo de la opinión pública debería ser de lectura obligatoria[28]. El debate público arreció en reuniones y asambleas de un sinnúmero de grupos y asociaciones, en los periódicos y también –era el signo de los tiempos– en la radio. Las emisoras concedieron con gran generosidad al debate político las horas de máxima audiencia.

Otro signo de los tiempos fue la encuesta Gallup. George Gallup se había convertido en el principal beneficiario del la famosa encuesta realizada por la revista *Literary Digest*, que había predicho la victoria de Landon en 1936. La revista había hecho una encuesta telefónica en una época en la que eran pocos los que tenían teléfono; por su parte Gallup desplegó unos métodos de muestreo más científicos y detectó la inminente victoria abrumadora. A continuación realizó una serie de sondeos semanales sobre el tema del Tribunal. Teniendo en cuenta el primitivo estado de las encuestas de opinión, no quiero dar demasiada importancia a los resultados, pero los datos sugieren que la gente se estaba implicando activamente. El diecisiete de febrero –doce días después de la declaración de Roosevelt– solamente el 10 por 100 de la muestra de Gallup no había expresado ninguna opinión, y este número no varió mucho hasta que empezó el «cambio a tiempo»[29]. Las encuestas Gallup también sugerían que la opinión pública estaba en proceso de cambio. En sus regulares emisiones de los resultados de las encuestas, la NBC informó de que una fuerte mayoría estaba a favor de un cambio básico en el Tribunal, pero el país estaba claramente dividido respecto a la propuesta concreta de Roosevelt: Nueva Inglaterra y el Medio Oeste estaban claramente en contra; en los estados de la parte central de la costa Atlántica había un empate, y los del Sur y el Oeste estaban a favor del Presidente. Durante el mes de febrero, la NBC fue informando de que la opinión nacional seguía estando, por un estrecho margen, en contra de la ampliación del número de magistrados del Tribunal, pero como veremos esta opinión evolucionó claramente a medida que procedía el debate[30].

---

[28] Véase Greg Caldeira, «Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan», *American Political Science Review*, vol. 81, 1987, pp. 1139, 1140, 1144.

[29] El 24 de marzo se alcanzó el punto máximo, el 15 por 100. Véase *ibid*., p. 1147 (figura 3). Este número parece incluir a unos encuestados, cuya opinión estaba en equilibrio y en consecuencia es posible que se esté sobreestimando al grupo sin opinión.

[30] NBC/Gallup publicaba regularmente sus estimaciones en términos cuantitativos muy precisos, informando, por ejemplo, que el 59 por 100 de los encuestados estaba a favor de alguna de

Las cintas de las emisiones radiofónicas confirman el papel central de Wheeler. El 19 de febrero no solo pronunció un discurso contundente, sino que otros progresistas –desde el senador Gerald Nye[31] al ex consejero Raymond Moley[32]– presentaron en horas de máxima audiencia otros discursos a favor del enfoque Wheeler-Bone. Incluso Herbert Hoover empezó su alocución radiofónica diciendo que «acataría gustosamente» el liderazgo de «unos prestigiosos senadores pertenecientes al partido del propio Presidente»[33] y apoyando su insistencia en el Artículo Cinco como el modo más apropiado de revisión constitucional[34].

Al mismo tiempo, el gobierno presentó a un nutrido grupo de interlocutores a la audiencia radiofónica. El Fiscal general Cummings fue el primero, y el 14 de febrero contó la larga historia de los intentos realizados para alentar la jubilación de los jueces de más edad y negando que hubiese ninguna violación constitucional en el hecho de revitalizar la judicatura con jueces más jóvenes.[35] El siguiente fue el senador Sherman Minton, que ofreció a los oyentes un largo relato histórico de las luchas presidenciales con el Tribunal, poniendo un énfasis especial en los precedentes de la época de la Reconstrucción relativos a la reducción y a la expansión del Tribunal[36]. La cuestión política la desarrolló en una poderosa alocución el gobernador de Wisconsin, el joven Phil La Follette, que argumentó concretamente contra la propuesta de enmienda de Burton Wheeler, quien había sido compañero de su padre en la lista electoral de 1924[37].

El debate culminó con dos intervenciones del Presidente a comienzos de marzo. La primera de ellas tuvo como blanco al Tribunal y se preguntó

---

las propuestas que pretendían cambiar significativamente el papel del Tribunal, pero que solo el 47 por 100 estaba a favor del plan del Presidente (y un 53 por 100 en contra). Obviamente, esta precisión no debería tomarse demasiado en serio. Véase NBC Museum of Broadcasting t37-21, disks 4946-4949. (Todos los discos referenciados están disponibles en la Biblioteca del Congreso y en la Yale Law Library.)

[31] Locución radiofónica, Gerald P. Nye, 21 de febrero de 1937, 9 p.m., NBC t37-17, disk 4389-4390.

[32] Locución radiofónica, Raymond Moley, 12 de febrero de 1937, 7:45 p.m., NBC t37-5, disk 3485

[33] Discurso de Herbert Hoover a la Union League Club, de Chicago, 20 de febrero de 1937, 10 p.m., NBC t37-11, disks 3668-3669.

[34] Los senadores republicanos estuvieron llamativamente ausentes de la NBC en febrero, dejando que fuesen académicos (como el antiguo rector de Harvard Abbott Lowell), Demócratas sureños (como Josiah Bailey) y progresistas (como los hombres mencionados en el texto) los que hablasen en la radio. La única excepción fue Styles Bridges, que entonces era un joven senador republicano por New Hampshire. Véase NBC t37-10, disk 3640; t37-12, disk 3689-3690.

[35] Radio Address, 14 de febrero de 1937, 7 p.m., NBC t37-7, disk 3518-3519.

[36] El senador Minton intervino en el NBC National Radio Forum del 15 de febrero de 1937, a las 9 p.m.. NBC t37-10, disk 3655. Véase el capítulo 8 para una discusión de la polémica sobre el papel moneda.

[37] Locución radiofónica, 17 de febrero de 1937, 8:30 p.m., NBC t37-12, disk 3691-2. El propio Robert La Follette intervino en la radio a favor del Presidente el 7 de marzo. NBC t37-17, disk 4393-4394.

cómo podía el gobierno cumplir sus compromisos de campaña con los agricultores, obreros y otros grupos dada la resistencia judicial a «una solución progresista de nuestros problemas»[38]. La democracia había fracasado en todo el mundo porque la gente se había «hartado de debates inútiles y de disputas partidistas». El «tiro de tres caballos que es el sistema de gobierno estadounidense» no podría funcionar «si uno de los caballos se tumbase en la pista o tirase en otra dirección»[39]. Luego invocó su mandato popular: «En las tres elecciones celebradas durante los últimos cinco años grandes mayorías han aprobado lo que estamos tratando de hacer. Para mí, y estoy seguro de que también para vosotros, estas mayorías significan que el pueblo es consciente de que cada vez es más urgente hacer lo que necesitamos hacer. Cada demora representa un riesgo de que nuevos acontecimientos hagan más y más difícil la adopción de una solución inteligente, rápida y democrática a nuestras dificultades»[40].

Este mensaje contrasta claramente con la presentación inicial de Roosevelt del mes de febrero. Ya no trata la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo como una simple forma de mejorar la eficiencia, sino que ahora hace la propuesta «en nombre del propio pueblo» insistiendo en la necesidad de un Tribunal que exprese la voluntad de las «grandes mayorías» que el Partido Demócrata ha ganado «en las tres elecciones celebradas durante los últimos cinco años».

El segundo discurso de Roosevelt se emitió la noche antes de que el Comité Judicial del Senado empezase sus sesiones. En su «charla al calor de la lumbre», Roosevelt abordó directamente la exigencia de una enmienda formal:

> Son muchos los tipos de enmienda propuestos. Cada uno de ellos es radicalmente diferente de los demás. No hay un grupo sustancial ni dentro ni fuera del Congreso que esté de acuerdo en una sola enmienda.
>
> Tardaríamos meses o años en llegar a un acuerdo sustancial acerca del tipo y del lenguaje de una enmienda. Y después tardaríamos meses y años en conseguir una mayoría de dos tercios que estuviese a favor de dicha enmienda en *las dos* Cámaras del Congreso.
>
> Luego vendría el largo período de ratificación de las tres cuartas partes de los estados. Ninguna enmienda a la que se hayan opuesto unos intereses económicos poderosos o los líderes de un partido político poderoso ha sido nunca ratificada en un período de tiempo razonable. Y trece estados que contengan solo un 5 por 100 de la población de votantes pueden bloquear la ratificación aunque los treinta y cinco estados con el 95 por 100 de la población estén a favor de ella […].

---

[38] S. I. Rosenman (ed.), *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, cit., 1937, p. 120.
[39] *Ibid.*, 1937, p. 116.
[40] *Ibid.*, 1937, p. 120.

> Dos grupos se oponen a mi plan con el argumento de que están a favor de una enmienda constitucional. El primero incluye fundamentalmente a quienes no están de acuerdo con una legislación económica y social de nuevo cuño. Es el mismo grupo que durante la campaña del pasado otoño trató de bloquear el mandato del pueblo.
>
> Ahora están haciendo un último intento. Y la estrategia que siguen es sugerir el proceso de enmienda que tanto tiempo consume para liquidar por agotamiento la aprobación de la legislación exigida por el mandato popular.
>
> A ellos les digo: no creo que seáis capaces de engañar al pueblo estadounidense como es vuestro propósito.
>
> El otro grupo lo componen aquellos que creen honestamente que el proceso existente para introducir enmiendas es el mejor y que estarían dispuestos a apoyar una enmienda razonable si pudieran ponerse de acuerdo en una.
>
> A ellos les digo: no podemos confiar en una enmienda como la respuesta inmediata o única a nuestras actuales dificultades. Cuando llegue el momento de la acción, comprobaréis que aquellos que pretenden apoyaros sabotearán cualquier enmienda constructiva que se proponga. Fijáos en estos extraños compañeros de cama que os han salido. ¿Cuántas veces los habéis tenido antes a vuestro lado cuando luchabais por el progreso?
>
> Y recordad una cosa más. Aunque se aprobase una enmienda y aunque al cabo de los años fuese ratificada, su significado dependería del tipo de magistrados que estuviesen en el Tribunal Supremo. Una enmienda, como el resto de la Constitución, es lo que los jueces dicen que es y no lo que sus artífices o vosotros esperáis que sea[41].

Esta emisión radiofónica representa el primer éxito del proceso de producción normativa de carácter superior de 1937. Una prueba crucial para una constitución dualista, especialmente en momentos de crisis, es inducir a sus protagonistas a unir fuerzas a la hora de abordar los problemas centrales. Esto es más difícil de lo que parece, dada la tentación estratégica de eludir la discusión en vez de afrontarla. Y sin embargo, en esta charla al calor de la lumbre, el político más poderoso del siglo XX se vio obligado a aceptar la disciplina dialógica incluso después de su mayor triunfo electoral.

Este giro es, de un modo transparente, un producto de la separación de poderes. Pero conviene evitar una interpretación excesivamente mecánica de la dinámica: se precisó coraje por parte del senador Wheeler para aceptar los riesgos políticos implícitos en el liderazgo de la oposición en febrero. La decisión de Wheeler, a su vez, alteró el cálculo presidencial. Dado que la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo tendría

---

[41] *Ibid.*, 1937, p. 132.

que pasar ahora por un *serio* proceso de deliberación senatorial, Roosevelt habría cometido un grave error dejando que sus críticos monopolizasen el campo del principio constitucional. Roosevelt estaba interesado no solo en hablar con la voz de la producción normativa de carácter superior, sino también en movilizar apoyo público a favor de sus tesis.

El impacto del liderazgo de Wheeler tuvo otras consecuencias. El Presidente habría preferido claramente tratar el elogio del Artículo Cinco que hacían sus contrincantes como una cortina de humo para tapar el cínico intento de «bloquear el mandato del pueblo». Con partidarios del *New Deal* como Wheeler a la vanguardia de la oposición, Roosevelt estaba ahora obligado a reconocer la buena fe de quienes creían «honestamente que el proceso existente para introducir enmiendas era el mejor».

Parte de la respuesta de Roosevelt era tan fundamental como familiar: el Artículo Cinco da a una pequeña minoría de estados un papel demasiado grande en el sistema de producción normativa de carácter superior. Igual que los Republicanos de la Reconstrucción antes que él, Roosevelt creía que su partido había obtenido un «mandato» del Pueblo con una serie de victorias electorales decisivas a escala nacional. Desde su punto de vista, el Artículo Cinco era defectuoso por cuanto permitía a una pequeña minoría frustrar su mandato nacional: «trece estados que contengan solo un 5 por 100 de la población de votantes pueden bloquear la ratificación aunque los treinta y cinco estados con el 95 por 100 de la población estén a favor de ella». Y colmo Madison y Bingham antes que él, se negó a permitir que esto ocurriera.

Solo que esta vez podía recurrir al Pueblo de los Estados *Unidos* con mucha más confianza que sus predecesores. Estaba hablando en un momento único de la historia estadounidense; a diferencia de los Federalistas del siglo XVIII y de los Republicanos del siglo XIX, los Demócratas del siglo XX habían barrido en todas las regiones del país con unos márgenes muy amplios. Teniendo esto en cuenta, el Presidente tenía motivos para sostener que el Artículo Cinco era innecesario para proteger a un interés regional poderoso de una invalidación nacional. Podía presentar de un modo creíble una enmienda formal como un mecanismo que permitía a unos intereses especiales concentrar sus recursos financieros en unos cuantos estados no representativos y frustrar los juicios amplios y profundos de la Nación. Desde el punto de vista del federalismo, había más motivos para la acción no convencional en 1937 que en 1866 o en 1787.

Hay un segundo aspecto más novedoso en la conocida como charla al calor de la lumbre de Roosevelt. Cuestiona explícitamente la capacidad de los formalismos del Artículo Cinco para canalizar la ley constitucional en nuevas direcciones: «Una enmienda es lo que los jueces dicen que es y no

lo que sus artífices o vosotros esperáis que sea». Ni los Federalistas de la Fundación ni los Republicanos de la Reconstrucción tenían tantas dudas acerca del poder de las fórmulas legales para dar forma al futuro[42]. Este aspecto jurisprudencial del argumento de Roosevelt se vio poderosamente fortalecido en el Senado.

Las intervenciones en el Senado

Las primeras intervenciones en el Senado reflejaron la evolución de la postura del Gobierno durante las últimas semanas. El Fiscal general Cummings presentó la línea de comienzos de febrero: los viejos jueces no podían mantener el ritmo, y el hecho de que estuviesen en el Tribunal Supremo no hacía que el problema desapareciese. El siguiente en intervenir fue Robert Jackson, el ayudante del Fiscal general, que desarrolló algunos de los temas presidenciales más recientes.

La intervención de Jackson

Igual que la charla al calor de la lumbre de Roosevelt, el testimonio de Jackson defendió la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo como un método *legítimo* «para volver a coordinar adecuadamente los poderes electivos y no electivos del Gobierno. Su frecuente uso ha evitado la introducción de enmiendas que hubiesen convertido a la Constitución en un documento lleno de parches y remiendos»[43].

Igual que en los debates radiofónicos, Jackson subrayó que el tamaño del Tribunal había cambiado seis veces en la historia estadounidense, haciendo un uso especialmente poderoso de los precedentes de la época de la Reconstrucción[44]. También señaló el poco éxito que habían tenido los intentos anteriores de corregir al Tribunal por medio de una enmienda. Los intentos del Congreso de la Reconstrucción de invalidar *Dred Scott* con tres enmiendas formales no habían transformado al Tribunal en un guardián fiable de los derechos de las minorías. El Tribunal no había respetado completamente las enmiendas constitucionales que habían anulado sus decisiones sobre el impuesto sobre la renta y la inmunidad soberana de los litigios en el tribunal federal. Pero estos eran problemas fáciles comparados

---

[42] Aunque también Madison tenía sus momentos escépticos. Véase *The Federalist*, núm. 37, C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., pp. 229-230.

[43] 75th Cong., 1st Sess, *Reorganization of the Federal Judiciary: Hearings on S. 1392 before the Committee on the Judiciary*, 1937, p. 40.

[44] Véase *ibid*., pp. 40-41. Jackson también destacó las motivaciones políticas implícitas en las decisiones sobre el tamaño del Tribunal tomadas durante las administraciones de Adams, Jefferson y Jackson, *ibid*.

con aquellos a los que se enfrentaban los artífices del *New Deal*: «Para contrarrestar el efecto de la actitud judicial reflejada en las decisiones recientes sería necesario enmendar no solamente la cláusula del comercio y la cláusula del debido proceso legal, sino también la cláusula de la protección igual, la cláusula de privilegio e inmunidades, la Décima Enmienda, la potestad de bancarrota y la potestad tributaria y de gasto»[45]. Jackson desafió a los presentes a considerar la idea formalista, central en el Artículo Cinco, de que es posible transformar la ley constitucional mediante unas cuantas fórmulas convincentes: «Es posible que unas cuantas palabras más clarifiquen el sentido de unas frases, pero no es posible que unas palabras cambien una mentalidad»[46]. Si «no es posible enmendar una mentalidad», ¿acaso no es la ampliación del número de magistrados la mejor manera de impulsar a la ley constitucional en una nueva dirección?

El testimonio de Wheeler

Impaciente porque se llevase a cabo una rápida votación, el Gobierno puso fin a su testimonio después de dos semanas, dejando que fuera Wheeler quien iniciara la argumentación en nombre de la oposición. Empezó esgrimiendo un arma sorpresa: una carta del presidente del Tribunal Supremo Hughes en la que se discutía el argumento de la eficiencia presentado por Roosevelt a comienzos de febrero. Negando holgazanear en su tarea, Hughes aseguraba al Senado que los magistrados hacían bien su trabajo. Afirmaba que una ampliación de nueve a quince no haría sino dificultar este. La carta de Hughes cayó como una bomba y representó la entrada directa del Tribunal en la política constitucional[47].

Pero Wheeler era mucho más que un agente de publicidad del Tribunal. A consecuencia de sus esfuerzos, tanto Roosevelt como Jackson

---

[45] *Ibid*., p. 43.

[46] *Ibid*.

[47] Utilizo la palabra *política* intencionadamente, porque la intervención de Hughes infringió algunas normas básicas de la corrección judicial. El presidente del Tribunal Supremo no había hecho llegar la carta a todos los jueces, probablemente porque no habría conseguido el apoyo unánime de todos ellos a una declaración que equivalía a un dictamen consultivo. De este modo solo obtuvo la firma de sus dos colegas de más edad, Brandeis y Van Devanter, y no consiguió corregir la muy extendida impresión de que estaba hablando en nombre de un Tribunal unánime.
Esta actuación sitúa la carga de la persuasión en los legalistas actuales, que explican la conducta de Hughes en 1937 como si estuviera motivada por consideraciones puramente doctrinales. Véase, por ejemplo, R. D. Friedman, «Switching Time and Other Thought Experiments», cit., pp. 1891, 1965. Las decisiones tomadas por Hughes en 1937 tienen indudablemente una raíz doctrinal, pero también son abiertamente contradictorias con otras decisiones. Véase el capítulo 12, nota 35. En general, la actuación de Hughes en 1937 puede verse como el producto de una habilidad política constitucional de primer orden, viniendo de un hombre cuya carrera –como gobernador de Nueva York, secretario de Estado y candidato presidencial– le capacitaba para reconocer la necesidad de una actividad no convencional en un momento de crisis grave.

habían llevado el caso de la ampliación del número de magistrados del Tribunal más allá de la cuestión de la eficiencia a la que se refería la carta de Hughes. Y Wheeler estaba dispuesto a aprovechar la plataforma de que disponía para reafirmar el principio constitucional que le separaba del Presidente. Como ya había hecho anteriormente, negó hablar en nombre de un puñado de senadores conservadores que no veían la necesidad de la revisión constitucional: «Si el Presidente abandona el plan de ampliar el número de magistrados del Tribunal Supremo, [nosotros] votaremos que se someta al pueblo de este país cualquier enmienda razonable para llevar a cabo el objetivo que él someta al Congreso[48]». Para dejar claro que actuaba de buena fe, Wheeler repitió sus argumentos a favor de la enmienda:

> Senador Wheeler: […] Las exigencias de la época hacen necesario que aprobemos muchas leyes aunque existan dudas acerca de su posible inconstitucionalidad, y que una vez que lo hayamos hecho el Tribunal Supremo también tendrá que examinarlas y, si no son constitucionales, tomar la decisión que debe tomar. Si el Tribunal Supremo considera que alguna de estas leyes es inconstitucional, habrá muy pocas de sus decisiones, a mi modo de ver, que sean anuladas, y no lo serán a menos que haya en este país un sentimiento incontenible en contra de tales decisiones; y si se da este sentimiento, yo creo que la ley deberá proclamarse de todos modos, pues yo soy de aquellos que creen en la democracia con «d» minúscula […].
>
> Senador Pittman: Pero ¿acaso esperar hasta que haya unas nuevas elecciones no es una decisión política?
>
> Senador Wheeler: No, en absoluto. El objetivo es que el Senado de Estados Unidos y la Cámara de Representantes tengan tiempo suficiente para deliberar […]. Si permitimos que transcurra este tiempo de enfriamiento, la Cámara y el Senado dirán, una vez examinada la decisión: «Al fin y al cabo, el Tribunal Supremo ha declarado que esta ley es inconstitucional. Yo voté a favor de ella en su momento, pero la verdad es que no consideré a fondo su posible inconstitucionalidad; yo creía que era constitucional, pero ahora tengo ante mí una decisión del Tribunal Supremo que sostiene que es inconstitucional».
>
> Senador Pittman: […] Me parece evidente que si usted sitúa esta deliberación después de unas elecciones al Congreso, usted está deseando que el pueblo tenga derecho a elegir un Congreso que actúe en consecuencia respecto a esta cuestión.
>
> Senador Wheeler: […] Creo que esta cuestión volverá a constituir indudablemente uno de los temas de la próxima campaña. La cuestión será si el pueblo de este país está a favor de esta ley o no; y si el pueblo elige a una mayoría aplastante de dos tercios a favor de la misma y el

---

[48] Véase 75th Cong., 1st Sess, *Reorganization of the Federal Judiciary: Hearings on S. 1392 before the Committee on the Judiciary*, cit., pp. 504-505.

> pueblo lo pide, creo que si hemos de preservar totalmente la democracia en este país, una vez que el pueblo haya hablado, tendremos que aprobar la ley, sea cual sea la decisión del Tribunal Supremo[49].

Estas observaciones comparten una aspiración con las de Roosevelt. El senador, no menos que el Presidente, está buscando un nuevo mecanismo de producción normativa de carácter superior que excluya a los estados del proceso.

Difieren solamente en su elección de la institución nacional que ha de hablar en nombre de la nación. Wheeler construye su modelo sobre el liderazgo del Congreso, y diseña un procedimiento por medio del cual dos terceras partes de la Cámara de Representantes y del Senado puedan reclamar legítimamente tener un mandato del Pueblo para actuar después de unas elecciones generales. En opinión de Roosevelt, los Demócratas habían obtenido ya este mandato: «En las tres elecciones celebradas en los cinco últimos años grandes mayorías han respaldado lo que estamos tratando de hacer. Para mí, y estoy seguro de que también para ustedes, estas mayorías significan que el pueblo ha tomado conciencia de lo urgente que es abordar ahora estas necesidades»[50].

La competencia entre los modelos de liderazgo presidencial y del Congreso también estructuraron los remedios propuestos por los protagonistas. Según el plan de Wheeler la Presidencia no desempeñaba papel alguno en la invalidación del Tribunal Supremo. Con una supermayoría en el Congreso después de unas elecciones y del correspondiente debate era suficiente. Según el enfoque de Roosevelt, podía producirse una revolución constitucional si el Presidente obtenía el consentimiento de una mayoría del Senado para una serie de nombramientos judiciales transformativos. El Congreso en cuanto tal era excluido del sistema.

En el debate sobre el Artículo Cinco se daba una competencia parecida. Dado que Wheeler no estaba dispuesto a aceptar el modelo de liderazgo presidencial, creía que todavía no se había elaborado un mandato popular *apropiado*, y que se necesitaba una enmienda formal para dejar claro de una vez por todas que Nosotros, el Pueblo, podía hablar legítimamente por medio de las instituciones nacionales. Por el contrario, Roosevelt sostenía que los Demócratas ya habían obtenido el mandato requerido.

Pero Wheeler hizo algo más que expresar su opinión. Trabajó activamente para generar apoyo senatorial para su propuesta. El 2 de marzo, el senador republicano Arthur Vandenberg se dirigió a la radio, y como dijo *The New York Times*, «Abandonando la primera estrategia republicana de

---

[49] *Ibid.*, pp. 502-504.
[50] Véase *supra*, pp. 384-385.

dejar que los Demócratas discutiesen entre ellos mismos la cuestión de la reorganización del Tribunal Supremo, el senador Vandenberg ha denunciado hoy la propuesta del Presidente y se ha manifestado a favor de la enmienda Wheeler-Bone». El Senador añadió una importante advertencia: «Medidas que violaban los derechos humanos garantizados en las primeras diez enmiendas […] serían exceptuadas, quizá, en esta enmienda»[51]. Wheeler fue muy rápido en aceptar la sugerencia de Vandenberg[52], aunque la coalición bipartidista no pareció nunca desarrollar un lenguaje explícito sobre este punto. Dos semanas más tarde, la primera página de *The New York Herald Tribune* informaba de que «los líderes de la oposición en el Senado […] han acordado consolidar una enmienda constitucional como "alternativa constructiva"»:

> La elección parece hoy concretarse en solo dos propuestas. Una es la enmienda Wheeler-Bone, que permite al Congreso, después de unas elecciones, anular por una mayoría de dos tercios una invalidación judicial […].
>
> La otra es la enmienda de O'Mahoney, que requiere que al menos las dos terceras partes del Tribunal Supreemo decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley de las asambleas legislativas federal o estatales antes de que dicha ley deba ser invalidada.
>
> Se espera que en el plazo de dos semanas se celebre una reunión en la que los portavoces de la oposición tomarán una determinación definitiva[53].

El espectacular testimonio de Wheeler en el Senado dio un nuevo impulso a su alternativa, pero mientras la oposición consideraba el siguiente paso a dar, empezó a emerger una nueva realidad. El lunes 29 de marzo –el mismo día elegido por *The Herald Tribune* para desvelar la «alternativa constructiva» de la oposición– el Tribunal Supremo dio a conocer su primera gran decisión anunciando un «cambio a tiempo» doctrinal.

Antes de valorar la importancia de este movimiento, reflexionemos sobre la notable evolución del debate durante los dos meses transcurridos desde la iniciativa de Roosevelt del 5 de febrero. En ese momento, el Presidente vistió su revolución constitucional con el lenguaje de la política normal y puso a sus partidarios Demócratas del Congreso ante un hecho consumado. Si Roosevelt hubiese tenido el mismo poder que un primer

---

[51] «Vandenberg Joins Court Plan Fight», *The New York Times*, p. 10.

[52] Véase el testimonio de Wheeler, 75th Cong., 1st Sess., *Reorganization of the Federal Judiciary: Hearings on S. 1392 before the Committee on the Judiciary*, cit., p. 502.

[53] «Court Change Foes Unite on Amendment», *The New York Herald Tribune*, 15 de marzo de 1937, p. 1.

ministro británico, podía haber hecho entrar en vereda a su partido, pese a los gritos de algunos diputados.

Pero la separación constitucional de poderes había permitido a Wheeler desligar unos temas constitucionales que el Presidente había confiado poder mezclar. Wheeler hablaba en nombre de algunos artífices del *New Deal* que estaban completamente dispuestos a aceptar la demanda de Roosevelt de un cambio constitucional sustantivo, pero insistían en que este cambio se canalizase mediante el Artículo Cinco. Había algo más que teatro aquí: la enmienda propuesta por Wheeler demostró que hacía un esfuerzo genuino para abordar muchos de los temas que habían motivado la táctica utilizada por Roosevelt para eludir el Artículo Cinco.

Ahora estaba en el interés estratégico del Presidente hacer frente a sus críticos constitucionales y explicar por qué no era posible basarse en las formas federalistas del Artículo Cinco para codificar el mandato nacional que el Partido Demócrata había obtenido por medio de una serie de claras victorias electorales. El gobierno continuó con su crítica ante una diversidad de audiencias y a diferentes niveles de sofisticación: en charlas al calor de la lumbre por parte del Presidente, en presentaciones legales por parte del ayudante del Fiscal general Jackson. En respuesta, la oposición estaba trabajando a fondo formulando sus propias alternativas constructivas.

Según la opinión general, este toma y daca ha de considerarse como uno de los grandes triunfos de la constitución dualista de Estados Unidos. Hasta la intervención del Tribunal Supremo, los protagonistas estaban llevando a la nación a un debate muy serio acerca del futuro de la producción normativa de carácter superior en la siguiente era de la vida pública estadounidense.

El cambio y sus alternativas

Pero el Tribunal Supremo intervino, cambiando de postura, y en consecuencia apaciguando considerablemente este gran debate. Las encuestas Gallup analizadas por el politólogo Greg Caldeira muestran que las primeras reacciones públicas a la ampliación del número de magistrados del Tribunal no fueron favorables, con las opiniones negativa superando a las positivas por siete u ocho puntos porcentuales durante las primeras cuatro semanas. Pero una vez que el Presidente cambió su estrategia retórica y salió por la radio a comienzos de marzo, los sondeos cuentan una historia diferente. En vísperas del «cambio» del Tribunal, de Gallup se desprendía que había una clara división de opiniones[54].

---

[54] G. Caldeira, «Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan», cit., p. 1147 (figura 3).

Luego se produjeron dos rupturas, fuertes y estadísticamente significativas, en el apoyo presidencial. La decisión del Tribunal, por cinco votos contra cuatro, confirmando la Ley Wagner en abril fue inmediatamente seguida por una caída de casi cinco puntos porcentuales. Cuando el magistrado conservador Van Devanter anunció su dimisión en mayo, el apoyo al Presidente cayó otros cinco puntos, con razón, pues con su gesto sugirió que el «cambio» no era temporal, pero que los liberales obtendrían un mayor reforzamiento judicial sin necesidad de ampliar el Tribunal. Solo en este momento, el péndulo de la opinión pública viró de forma decisiva en contra de la postura del Presidente. En general, estos datos sugieren que amplios sectores de la opinión pública estaban siguiendo muy de cerca el debate y habían retirado su apoyo a Roosevelt de un modo perfectamente racional una vez que el Tribunal ofreció una garantía visible de que ya no pondría en peligro el orden constitucional emergente. En palabras de Caldeira, «independientemente de las intenciones de los participantes, el comportamiento del Tribunal Supremo influyó claramente [en la opinión pública] […]. Mediante una serie de hábiles movimientos, el Tribunal puso al presidente Roosevelt en la posición de defender una reforma radical a partir de la más leve de las justificaciones»[55].

Es fácil encontrar valoraciones similares en los comentarios de la época. En su titular a cuatro columnas de su historia sobre la sorprendente decisión del Tribunal Supremo de confirmar la *Labor Act*, *The New York Times* explicaba que «el senador Wheeler, generalísimo de la lucha en el Congreso contra el plan del Presidente, parecía particularmente eufórico […]. "Las decisiones fueron importantes", dijo. "Ahora siento que no puede haber ninguna excusa para querer añadir seis nuevos miembros al Tribunal Supremo"»[56]. Joseph Alsop y Turner Catledge, dos destacados periodistas, entrevistaron a los principales participantes en la crisis, con excepción del propio Roosevelt, y publicaron un perspicaz libro, *The 168 Days*. Esta era su valoración: «Dos grandes ventajas tácticas […] ayudaron al Presidente –el empate en el Partido Demócrata y la necesidad de encontrar una solución al problema del Tribunal– y estaba bastante claro que a menos que pudieran arrebatarle de algún modo la segunda ventaja, acabaría venciendo»[57]. Cuando los magistrados presentaron su gran decisión final del período, confirmando la *Social Security Act*, *Time Magazine* informaba de que «para

[55] *Ibid*., pp. 1149-1150.
[56] «Supreme Court Upholds Wagner Labor Law», *The New York Times*, 13 de abril de 1937, p.1, col. 4. El editorial del periódico declaraba que «los defensores del plan del Presidente […] han de sentir que les han arrebatado la primicia», *ibid*., p. 24. Véase también «Four 5-4; One 9-0», *Time Magazine*, 19 de abril de 1937, p. 15, donde se argumenta que aquella decisión «había reducido el gran debate sobre el plan del Presidente de ampliar el Tribunal Supremo a una postura simplemente académica, pues la razón inmediata que llevaba a muchos liberales a apoyarlo era su deseo de contar con una legislación laboral»).
[57] J. Alsop y T. Catledge, *The 168 Days*, cit., p. 105.

muchos ardientes defensores del *New Deal* habría habido un resquicio de esperanza en una decisión que considerase inconstitucional esta ley del *New Deal*. Ello les habría dado nuevas pruebas de que se necesitaban más magistrados para liberalizar al Tribunal»[58].

Pero el cambio no solo redujo el apoyo popular al Presidente. También echó por tierra el movimiento a favor de las enmiendas del Artículo Cinco. Cada vez estaba menos claro qué enmiendas eran todavía necesarias, si es que alguna lo era. ¿No haría innecesario todo trabajo posterior el cambio del Tribunal? En mayo, los líderes del Congreso ya estaban guardando de nuevo el Artículo Cinco en el cajón hasta averiguar qué sería lo próximo que haría el Tribunal[59].

Y luego estaba el reto de obtener el apoyo de las tres cuartas partes de los estados. Una cosa era superar esta barrera si el Tribunal seguía provocando a la opinión pública liquidando las medidas del *New Deal* a favor de los obreros, los agricultores y los ancianos. Pero ¿por qué gastar tiempo y energía en una agotadora campaña en pro de una enmienda formal cuando el Tribunal estaba legitimando la actividad intervencionista con sus dictámenes transformativos?

Todo esto nos lleva de nuevo a un tema que hemos planteado al principio: ¿llegó el cambio demasiado pronto? Esta es una cuestión especulativa, pero útil si pretendemos entender mejor la revolución del *New Deal*. Vamos, pues, a considerar, la serie de consecuencias que podría haber provocado un Tribunal intransigente.

El escenario de la ampliación del número de magistrados

Obviamente, el Presidente podría haber ganado la batalla de la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo[60]. Del mismo modo que el cambio del Tribunal marcó un claro declive en el apoyo popular a Roosevelt, la continua resistencia judicial le habría sido útil porque habría

---

[58] «Security Secure», *Time Magazine*, 31 de mayo de 1937, p. 16.

[59] «Court Bill Defenders Want Roosevelt Aid», *The New York Times*, 9 de mayo de 1937, sec. 4, p. 10, col. 2.

[60] Barry Cushman niega esta posibilidad en «Rethinking the New Deal Court», *Virginia Law Review*, vol. 80, 1994, pp. 208-228, sobre la base de un repaso de la literatura secundaria. Lamentablemente, Cushman no cita, ni mucho menos discute, el ensayo de Leuchtenburg originalmente publicado en 1985, ni el estudio de Caldeira sobre la opinión pública (G. Caldeira, «Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan», cit.), supra n. 740, publicado en 1987, ni el de Rafael Gely y Pablo Spiller sobre los resultados electorales, «The Political Economy of Supreme Court Constitutional Decisions: The Case of Roosevelt's Court Packing Plan», *International Review of Law and Economics*, vol. 12, 1992, p. 45. Estos ensayos, junto con mi propio estudio de las fuentes originales, sugiere que Cushman deposita su confianza en el lugar equivocado. De todos modos, repasa de un modo útil los obstáculos con los que habría topado Roosevelt para llevar a cabo su plan de aumentar la composición del Tribunal.

podido presentar la ampliación del número de magistrados como la única solución práctica a la crisis. ¿Habrían podido frenar Wheeler y los demás el consiguiente embate presidencial?

La fragilidad de la oposición la pone de manifiesto un destacado estudio de William Leuchtenburg. Pese a la pérdida de apoyo público del Presidente en mayo, su iniciativa de la ampliación del número de magistrados al Tribunal experimentó un notable renacimiento en junio. Roosevelt aceptó entonces a regañadientes la propuesta de sus líderes del Congreso de un «compromiso» por el cual habría tenido que esperar a que un magistrado cumpliese 75 años, en vez de 70, para nombrar a un sustituto, y solo podría haber hecho uno de estos nombramientos por año. Dado que había cuatro magistrados (además de Van Devanter) de más de 75 años, esto habría garantizado al Presidente cinco nombramientos al llegar 1940. Visto desde un punto de vista político, ello significaba una concesión importante del Presidente, dado que el plan original le permitía hacer seis nombramientos de manera inmediata. Pero desde el punto de vista del principio constitucional a largo plazo, no era ningún compromiso.

Y, sin embargo, como pone de manifiesto Leuchtenburg, los líderes del Congreso utilizaron el «compromiso» para fraguar una notable recuperación de la fortuna política del Presidente. Cuando el proyecto de enmienda llegó al hemiciclo del Senado en julio, el líder de la mayoría Robinson afirmó confiado tener el apoyo mayoritario. Leuchtenburg sostiene que no estaba dándose bombo: «Aunque la prensa era abrumadoramente hostil a la propuesta, los corresponsales del Capitolio atribuían a Robinson más de cincuenta apoyos»[61]. Es cierto, reconoce Leuchtenburg, que «la oposición, con sus cuarenta y cuatro votos, podría haber practicado el filibusterismo, pero muchos dudaban de que esta estrategia hubiese funcionado»[62].

Nunca lo sabremos, gracias a uno de los grandes azares de la historia constitucional. A los pocos días de un debate apasionado, el senador Robinson murió de un ataque al corazón, y con su muerte expiraron todas las deudas políticas que había contraído para construir la mayoría del gobierno. Roosevelt se encontró con que sus apoyos se derretían bajo el calor especialmente intenso del verano washingtoniano. Todavía peor, se desató una fuerte lucha entre los Demócratas del Senado por el puesto de Robinson. Roosevelt respondió concentrando sus energías en situar a un firme partidario del *New Deal* en este importante puesto. Lo logró, pero a costa de echar por la borda el plan del Tribunal.

---

[61] W. Leuchtenburg, «The origins of Franklin D. Roosevelt's "Court-packing" Plan», reimpreso en versión ampliada en su *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, cit., pp. 132, 148-149.

[62] Véase W. Leuchtenburg, «FDR's Court-packing plan: A Second Life, A Second Death», *Duke Law Journal*, 1985, p. 673, para una valoración de la lucha sobre el plan de enmienda. La cita se encuentra en la página 681.

No estoy diciendo que la muerte de Robinson fue lo único que interrumpió la ampliación del número de magistrados; a mi modo de ver, el rápido colapso de sus apoyos sugiere todo lo contrario[63]. Pero el estudio de Leuchtenburg sugiere lo formidable que hubiese sido para el Presidente que sus apoyos hubiesen crecido en vez de reducirse mientras un Tribunal intransigente seguía provocando a la opinión pública. Si el liderazgo del Congreso llegó tan lejos pese a la pérdida de apoyo popular, ¿qué dificultades habría encontrado para obtener el consentimiento de 49 de los 76 Demócratas del Senado y de 218 de los 331 Demócratas de la Cámara de Representantes con la opinión pública poniendo el grito en el cielo?

Y no es que la aprobación por el Congreso de un proyecto de ley de ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo hubiese acabado con el problema. Los Republicanos podrían haber respondido convirtiendo la ampliación del Tribunal en el eje de las próximas elecciones, practicando el obstruccionismo contra el nombramiento de nuevos jueces, denunciando el crimen de 1937, y así sucesivamente. En ese sentido, 1938 podría haber sido marcado, junto con 1866, como un año sin unas elecciones nacionales importantes, pero de una importancia épica. Con Roosevelt y los Demócratas haciendo enérgicamente campaña a favor de la ampliación del número de magistrados, y los Republicanos lanzando soflamas en contra, los resultados habrían tenido connotaciones claramente constitucionales. Teniendo en cuenta las asimétricas mayorías obtenidas por el Partido Demócrata de la época, resulta difícil imaginar una victoria republicana contundente[64]. Pero ¿habría podido un incremento suficiente

[63] El gobierno, además, todavía tenía que hacer frente a la dura oposición de Hatton Sumners, presidente del Comité Judicial de la Cámara de Representantes, aunque a la hora de la verdad probablemente hubiera podido vencer este obstáculo.

[64] De hecho, los Republicanos obtuvieron una importante victoria en las elecciones de 1938, porque los votantes trataron el empeoramiento de la situación económica en 1937 como prueba del fracaso del *New Deal*. Pero si el Tribunal hubiese continuado su asalto constitucional, Roosevelt podría haber echado la culpa de la situación económica a la negativa del Tribunal de proporcionar las herramientas necesarias para proceder a estabilizarla. Naturalmente, es imposible saber qué efecto habría tenido esta llamada.

Cuando el Tribunal decidió optar por las tesis del Presidente, el marco básico de la competición electoral también lo hizo. Los votantes podían castigar a los artífices del *New Deal* sin suponer que estaban poniendo en peligro la revolución constitucional, que ya estaba en marcha. Como veremos, los Republicanos lo reconocieron con sus acciones en el nuevo Congreso. Aunque en este siguieron siendo una clara minoría, con ciento sesenta y cuatro diputados y veintitrés senadores, ahora podían unirse a los Demócratas conservadores para bloquear muchas de las iniciativas del Partido Demócrata (pero no todas) encaminadas a ampliar el ámbito de las iniciativas legislativas del *New Deal*. Sin embargo, en ningún momento intentaron hacer retroceder la revolución constitucional vetando el nombramiento para el Tribunal Supremo de una serie continuada de jueces partidarios del *New Deal*. Véase el capítulo 12, pp. 417-418, *infra*. Un buen relato de las elecciones de 1938 y de sus implicaciones constitucionales es el libro de S. Milkis, *The President and the Parties: The Transformation of the American Party System since the New Deal*, cit., cap. 4.

del apoyo republicano precipitar un movimiento para rechazar la ampliación del Tribunal Supremo?

Naturalmente, si los Demócratas hubiesen ganado en 1938, el resultado habría sido un poderoso efecto «subirse al tren»; una vez que el Presidente hubiese conseguido alinear tanto al Congreso como a los votantes a favor de la ampliación del Tribunal, ¿cabe alguna duda de que también habrían conseguido el apoyo del Pueblo a su iniciativa no convencional?

El escenario del Artículo Cinco

Supongamos, por el contrario, que Wheeler y su coalición hubiesen conseguido practicar el obstruccionismo incluso mientras el gobierno organizaba bloques de trabajadores, granjeros y ancianos irritados por la guerra continua que hacía el Tribunal al Estado del bienestar liberal. Supongamos que, tras constatar que su iniciativa de ampliación se empantanaba en una interminable guerra de guerrillas en el Senado, el Presidente hubiese convocado al senador al Despacho Oval para recordarle la promesa que había hecho Wheeler en su intervención en el Senado:

> No me malinterpreten. No tengo ningún afán de protagonismo. Estoy dispuesto a sumergir mis puntos de vista. Estoy más que dispuesto a hacerlo, y todas las personas que han introducido enmiendas con las que he hablado, están dispuestos a sumergir sus puntos de vista, y todos estamos dispuestos a aceptar, si el Presidente abandona su plan de ampliar el número de magistrados al Tribunal Supremo, una votación para someter al pueblo de este país cualquier enmienda razonable para realizar su objetivo que quiera someter a este Congreso[65].

Aceptando esta oferta, a Roosevelt no le habría costado demasiado convencer a sus compañeros del Partido Demócrata en el Congreso para que abandonasen las batallas intestinas que mantenían y diesen su apoyo a las enmiendas Wheeler-Roosevelt.

¿Qué es lo que hubiera dicho esta teórica enmienda?

Una conversación abortada

La crisis había provocado la presentación de sesenta y seis propuestas de enmienda diferentes durante el 75º Congreso, pero no todas se habían formulado del mismo modo. Solo unas cuantas habían sido tomadas en serio por la prensa y el Congreso, y estas presentaban pautas recurrentes.

---

[65] 75th Cong., 1st Sess., *Reorganization of the Federal Judiciary: Hearings on S. 1392 before the Committee on the Judiciary*, cit., pp. 504-505.

El primer grupo estaba formado por quienes pretendían potenciar el poder federal y que tomaban al pie de la letra al Viejo Tribunal cuando insistía en que la Constitución de 1787 había creado un gobierno federal con poderes limitados y pretendía añadir más poderes a la lista. El presidente de la Cámara Bankhead y el líder del Senado Robinson ya se habían movido en esta dirección antes de que el Presidente diese la sorpresa en febrero. Sus propuestas eran relativamente modestas, y otorgaban al gobierno federal la autoridad sobre horarios, salarios y condiciones laborales. La enmienda apadrinada por el poderoso presidente del Comité Judicial del Senado, Henry Ashurst, era más amplia y permitía al Congreso «regular la agricultura, el comercio, la industria y el trabajo[66]». Yo sospecho que Roosevelt habría insistido en un lenguaje más abarcador al estilo del propuesto por «el senador Costigan, de Colorado, [que] instó al Presidente a buscar una enmienda que autorizase al Congreso a legislar para el bienestar general allí donde los estados no pudiesen hacerlo efectivamente […] FDR pensó lo suficiente en la propuesta como para querer discutirla más a fondo con Costigan en una reunión en la Casa Blanca»[67]. Dado que el Presidente habría dado un paso embarazoso retirando su propuesta de ampliar el número de magistrados y buscando un compromiso con Wheeler, los líderes del Congreso le habrían dado una gran libertad de acción para formular la alternativa del Artículo Cinco.

El debate en el Congreso sobre un segundo frente no fue tan avanzado. Había un amplio reconocimiento de los servicios prestados por el Tribunal en la protección de los derechos individuales, pero el Congreso consideraba difícil formular enmiendas que preservasen esta función sin causar otras dificultades. El problema más obvio lo planteaban las cláusulas sobre el «proceso debido» de la Quinta y la Decimocuarta Enmiendas. El Tribunal Supremo había utilizado estas disposiciones básicamente para proteger la propiedad privada y la libertad de contrato, pero también había salvaguardado otros derechos, concretamente la libertad de expresión y la libertad religiosa. ¿Cómo iban a separar el grano de la paja los defensores del *New Deal*?

---

[66] S.J. Res. 285, 74th Cong., 2nd Sess. (1936). Esta propuesta fue reintroducida por el miembro de la Cámara de Representantes Faddis como H.R.I. Res. 64, 75th Congress, 1st Sess. (1937).

[67] David Kyvig, *Explicit and Authentic Acts*, Lawrence (KS), University Press of Kansas, 1996, p. 297. Este incidente tuvo lugar en 1935, no en 1937, pero nada sugiere que el Presidente se conformase con nada menos que la iniciativa radical del senador Costigan. Dean Garrison, de la Wisconsin Law School, hizo una propuesta similar que fue frecuentemente citada en el debate de 1937: «El Congreso tendrá poder para promover el bienestar económico de Estados Unidos mediante aquellas leyes que a su juicio sean apropiadas, y a delegar dicho poder total o parcialmente a los estados. Los poderes estatales existentes no se ven afectados por este artículo, excepto cuando el Congreso pueda ocupar un ámbito determinado». Véase Charles Haines, «Judicial Review of Acts of Congress and the Need for Constitutional Reform», *The Yale Law Journal*, vol. 45, 1936, pp. 816, 847. Para otras formulaciones amplias, véase la propuesta presentada por el senador Marvel Logan y el miembro de la Cámara de Representantes Kent Keller, que garantizaba garantizando al Congreso el poder de legislar «para el bienestar general», H.R.J. Res. 316, 74th Cong., 1st Sess. (1935) (Keller), S.J.Res. 8, 75th Cong., 1st Sess., 1937 (Logan).

Las soluciones propuestas carecían del carácter incisivo desplegado por las enmiendas otorgadoras de poder. Una propuesta del senador Edward Costigan, por ejemplo[68], empezaba garantizando al gobierno federal «el poder de regular los horarios y las condiciones de trabajo y a establecer un salario mínimo en cualquier empleo, y el poder de regular la producción, la industria, el comercio para prevenir prácticas y métodos injustos y abusivos». Y seguía:

> Sec. 2. El proceso debido de las cláusulas legales de la Quinta y la Decimocuarta Enmiendas será interpretado de modo que no se imponga ninguna limitación a la legislación del Congreso o de los diversos estados respecto a ninguno de los temas citados en la sección 1, excepto por lo que respecta a los métodos o al procedimiento para hacer cumplir dicha legislación.

Esta «estrategia vinculante» expresaba la determinación del *New Deal* de evitar que el Tribunal bloquease el uso de nuevos poderes gubernamentales sobre la economía. Pero lo hacía de una forma torpemente carente de precisión. Supongamos, por ejemplo, que un estado negase las prestaciones de desempleo a los judíos o a los adventistas del séptimo día que se negasen a trabajar los sábados. La sección 2 prohibiría a los tribunales inspeccionar esta práctica. ¿No era esto ir demasiado lejos?[69]

Algunas enmiendas trataron de discriminar más. El senador Hamilton Lewis limitaba la Decimocuarta Enmienda a «las personas físicas y no a las personas jurídicas o a otras personas artificiales creadas por la ley»[70]. Pero esto era demasiado tímido, y permitía a un Tribunal conservador invalidar una normativa sobre un horario laboral máximo como una violación de los derechos contractuales de los *trabajadores*.

Algunas propuestas eran más ingeniosas. La enmienda del senador William Borah, como la de Costigan, insistía en que la «cláusula del proceso debido» tenía que limitarse «exclusivamente al procedimiento [utilizado en conexión con] la ejecución y el cumplimiento de la ley». Y seguía enumerando derechos particulares, tradicionalmente protegidos por el «proceso debido sustantivo», que tendría que ser preservado en el régimen emergente:

> Ningún estado promulgará u obligará a cumplir ley alguna relativa al establecimiento de una religión o que prohíba el libre ejercicio de la misma; ni que limite la libertad de expresión o de prensa; o el derecho de la gente a reunirse pacíficamente; y a solicitar al estado o al

---

[68] S.J. Res. 3, 74th Congress, 1st Sess., 4 de enero de 1935. Para otros ejemplos de este enfoque, véase H.R.J. Res. 17, 75th Cong., 1st Sess. (1937); H.R.J. Res. 258, 75th Cong., 1st Sess. (1937).
[69] *Sherbert v. Verner*, 374 U.S., 1963, p. 398.
[70] S.J. Res. 208, 74th Cong., 2nd Sess. (1936).

Gobierno la reparación de una injusticia[71].

Borah está llenando el vacío conceptual dejado por la desintegración de las nociones *lochnerianas* de la propiedad privada y de la libertad de contrato, apelando a ciertas fórmulas consagradas por la Primera Enmienda. Este enfoque tendría un futuro brillante en la república moderna. Con el tiempo, el Tribunal iría más allá de la «incorporación» limitada de fórmulas de la Primera Enmienda que hace Borah para imponer a los estados todas las disposiciones de la *Bill of Rights* [Carta de derechos] que considerase fundamentales para la libertad estadounidense. De hecho, el Tribunal iría más allá de la «incorporación» de textos tradicionales para redefinir derechos básicos en unos términos que hablaban, en el lenguaje del siglo XX, del liberalismo del *New Deal*[72].

Es difícil decir si un intercambio similar habría tenido lugar en el Congreso del *New Deal* si se hubiese visto obligado por un Tribunal Supremo intransigente a tomarse en serio sus responsabilidades relativas a la producción normativa de carácter superior. Este debate en particular no había avanzado mucho en el momento en que el Tribunal hizo el cambio. Podría haber emergido perfectamente una forma de definir derechos muy diferente de la de Costigan, Lewis o Borah.

Volviendo finalmente a una tercera línea presente en el debate que estaba teniendo lugar en el Congreso, un montón de propuestas buscaban redefinir las relaciones institucionales. Algunas eran simples derivaciones de la polémica sobre la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo. Por ejemplo, una serie de acérrimos contrincantes del Presidente propusieron enmiendas que limitaban explícitamente el número de magistrados a nueve, mientras que otros trataban de constitucionalizar determinados aspectos del plan del Presidente, exigiendo que los magistrados se jubilasen al cumplir 70 o 75 años[73]. De las propuestas relativamente modestas, la del senador Joseph O'Mahoney fue la que se tomó más en serio. Según esta propuesta, se habría necesitado el voto de las dos terceras partes de los magistrados para que el Tribunal pudiera anular una ley por inconstitucional[74]. Esto habría representado, a corto plazo, leves diferencias con determinados aspectos de la legislación del *New Deal*, pero su impacto a largo plazo habría dependido de cómo administrasen la norma los magistrados[75].

[71] S.J. Res. 92, secc. 3, 75th Cong., 1st Sess. (1937).

[72] Véase mi *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., pp. 147-158.

[73] Véase, por ejemplo, S.J. Res. 86, 75th Cong., 1st Sess. (1937) (Burke).

[74] S.J. Res. 98, 75th Cong., 1st Sess. (1937).

[75] Por ejemplo, el Tribunal podría haber desarrollado una convención según la cual los magistrados que estuviesen «indecisos» aceptasen el dictamen de sus colegas siempre que acumulasen un mínimo de cinco votos.

A diferencia del senador O'Mahoney, el senador Wheeler tenía ambiciones mayores, y se proponía nada menos que una redefinición de las relaciones entre el Tribunal, el Congreso y el Pueblo. Además, el propio Presidente se sentía fuertemente atraído por el plan de Wheeler, que compartía su propia ambición de crear un sistema por el que el Pueblo de los Estados *Unidos* pudiese hacer su voluntad constitucional independientemente de los procesos políticos de los estados. Es posible, por consiguiente, afirmar que una enmienda al estilo de la de Wheeler habría ocupado un lugar prominente en la propuesta del *New Deal*, junto con un apropiado incremento del poder federal y una garantía de los derechos individuales.

Este es, por supuesto, un paquete formidable, pero al fin y al cabo los Demócratas del *New Deal* que estaban preparando estas propuestas habían obtenido en realidad el tipo de mandato del Pueblo amplio y sostenido con el que los Federalistas de la Fundación y los Republicanos de la Reconstrucción habían soñado. ¿Acaso no estaban ellos igual de autorizados que sus predecesores a crear norma superior?

El escenario de la ratificación

Por supuesto, sigue en pie la cuestión de si los artífices del *New Deal* podrían haber arrastrado a tres cuartas partes de los estados en la campaña en pro de la ratificación. Ya hemos visto a Roosevelt atacar este rasgo federalista del Artículo Cinco y no cabe duda de que temía sinceramente el poder que tenían los «monárquicos económicos» de comprar la forma de conseguir la victoria en trece estados. Al mismo tiempo, la derrota no estaba en absoluto predestinada. Esta es la forma en que lo expresó Wheeler en su alocución radiofónica del 19 de febrero de 1937:

> Acabamos de participar en unas elecciones en las que el Presidente de Estados Unidos se ha impuesto en 46 de los 48 estados. En 38 estados se han elegido gobernadores demócratas, y en otros tres estados gobiernos liberales. En vista de estas recientes elecciones, si el presidente de Estados Unidos aplicase su influencia apoyando una enmienda como la que yo propongo, esta sería ratificada en muy poco tiempo. Aparentemente, hay algunos consejeros del Presidente que sugieren que una medida como esta no podría ser promulgada, pero yo les digo que si estas recientes elecciones no han sido un mandato para la reforma social, como yo creo que han sido, ha llegado el momento de que nos pongamos de acuerdo acerca de quién ha ganado las elecciones [...].
>
> Yo estoy a favor de una Constitución liberal. Reconozco que el instrumento es la expresión fundamental de la voluntad del Pueblo [...]. Estoy abierto a enmendar la Constitución, y creo que el pueblo de este

> país está dispuesto a aceptar dicha enmienda, pero me gustaría que la enmienda la llevase a cabo el Pueblo de la forma en que está dispuesto y no ampliando el número de magistrados del Tribunal para supeditarlo a los deseos de nadie […].
>
> Hemos de hacer lo correcto de la forma correcta. No es ninguna estrategia dilatoria. Es la estrategia de la corrección, la permanencia y el alivio real y perdurable[76].

Si bien Wheeler hace hincapié en los resultados de los comicios a gobernador, las elecciones de 1936 también llevaron a los Demócratas al poder en las asambleas legislativas de todo el país, poniéndolos al frente de ambas Cámaras en treinta y tres estados. De los demás estados, dos no tenían adscripción partidista, siete estaban divididos entre Demócratas y Republicanos, y solo seis eran sólidamente Republicanos[77].

La audiencia de Wheeler era también muy consciente de que la revocación de la Ley Seca había conseguido la aprobación después de que el Congreso especificase que la enmienda fuese ratificada mediante unas convenciones especiales elegidas con este fin en cada estado. El resultado fue una rápida sucesión de elecciones especiales que parecieron referéndums, con listas de delegados comprometidos con bandos opuestos en la cuestión de la Prohibición. Como señaló Wheeler, estas elecciones especiales generaron la necesaria mayoría de tres cuartos en el corto espacio de diez meses[78]. No había nada que impidiese al Congreso adoptar una medida similar si Roosevelt estuviese seriamente preocupado por la posibilidad de que unos intereses especiales saboteasen las iniciativas del *New Deal* en las asambleas legislativas estatales[79].

Tras un minucioso estudio de los datos subyacentes, Rafael Gely y Pablo Spiller han concluido recientemente que «los resultados de las elecciones de 1936 […] constituyeron la primera amenaza realista de una enmienda constitucional formulada en el ámbito de los estados»[80]. Si esto es cierto, ¿no nos habremos precipitado al aplaudir al presidente del Tribunal Supremo Hughes y al juez Roberts porque al final vieron la luz y llevaron al Tribunal a aceptar la revolución del *New Deal*?

---

[76] Discurso pronunciado el 19 de febrero de 1937, a las 10 p.m., NBC Museum of Broadcasting, caja t37-23, disks 4995-4996.

[77] R. Gely y P. Spiller, «The Political Economy of Supreme Court Constitutional Decisions: The Case of Roosevelt's Court Packing Plan», cit., pp. 45, 63 (cuadro 5).

[78] La enmienda la propuso el Congreso el 21 de febrero de 1933 y fue ratificada por treinta y seis estados el 5 de diciembre, Donald Bacon *et al.* (eds.), *Encyclopedia of the U.S. Congress*, cit., vol. 4, 1995, p. 1996.

[79] El gobierno había considerado estas medidas desde 1935. Véase el capítulo 10.

[80] Véase R. Gely y P. Spiller, «The Political Economy of Supreme Court Constitutional Decisions: The Case of Roosevelt's Court Packing Plan», cit., p. 47.

El hipertextualismo revisitado

El siguiente capítulo se toma esta cuestión en serio. Pero déjenme concluir este volviendo al problema con el que empezamos: mis encuentros con juristas y jueces que suponen que la ausencia de enmiendas mediante el Artículo Cinco les impide reconocer conscientemente la creatividad constitucional del *New Deal*.

Naturalmente, todo este libro trata de establecer que con una interpretación monopolista del Artículo Cinco no es posible entender ni la Fundación ni la Reconstrucción, y mucho menos el *New Deal*. Pero creo que la microhistoria de este capítulo proporciona apoyo independiente a una lectura pluralista de nuestros grandes precedentes en lo que atañe a la producción normativa de carácter superior. No solo pone de manifiesto que el Tribunal liquidó un gran debate que podía muy bien haber llevado al Pueblo a expresarse de la forma que exige el formalista que lo haga. También sugiere que el Tribunal era el blanco principal de este debate, con el primer defensor del Artículo Cinco, Burton Wheeler, proponiendo utilizar el sistema formalista para destruir el tradicional poder de veto del Tribunal sobre la legislación ordinaria. Aunque Wheeler hubiese obligado a Roosevelt a tomar la senda del Artículo Cinco, el Tribunal era el perdedor más probable. En suma, los magistrados tuvieron que afrontar una decisión fundamental en marzo de 1937: por un lado, podían mantenerse firmes en defensa de la Constitución *lochneriana* y correr el riesgo muy presente de que el Pueblo repudiase formalmente el papel tradicional del Tribunal en la separación de poderes; por otro lado, podían descartar el riesgo de una enmienda hostil del Artículo Cinco reconociendo inequívocamente la legitimidad constitucional de la visión intervencionista del gobierno que tenía el *New Deal*. Teniendo en cuenta esta realidad, sería especialmente erróneo que los jueces actuales desestimasen la importancia de la revolución del *New Deal* sobre la base de que no produjo enmiendas formales, cuando en realidad solo evitando dichas enmiendas el Tribunal Supremo eliminó el riesgo de un daño institucional permanente.

Quiero distinguir este punto del viejo y gastado debate acerca de las motivaciones subjetivas de los dos magistrados –Hughes y Roberts– que urdieron el cambio formando un sólido bloque con los tres denominados liberales, Brandeis, Cardozo y Stone. De manera nada sorprendente, las pruebas al

respecto son equívocas[81]. Pero aunque Roberts y Hughes hubiesen sido unos legalistas apolíticos de proporciones legendarias, no me importaría. No estoy interesado en las fuentes ocultas de sus motivos privados, sino en el significado constitucional de sus acciones públicas. Fueran cuales fuesen sus intenciones, sus acciones tenían un significado predecible en la conversación en curso que mantenía el Tribunal con el Presidente, el Congreso y el Pueblo de Estados Unidos. En vez de afirmar la continua relevancia de la vieja Constitución, el cambio permitió al Tribunal poner una nueva cuestión en juego en sus tratos con el mundo exterior: «ahora que hemos cambiado, ¿es realmente necesario considerar seriamente un cambio fundamental en la estructura del Tribunal Supremo? ¿O deberíais confiar en nosotros para que consolidemos el *New Deal* mediante una serie de dictámenes históricos que legitimarían la nueva visión del gobierno nacional intervencionista?». En respuesta a *esta* cuestión, los portavoces del Pueblo en la Cámara de Representantes y en el Senado dieron razonablemente al Tribunal una segunda oportunidad de redimir su continua legitimidad democrática sin imponer medidas más duras en forma de la ampliación del número de magistrados o de una enmienda al Artículo Cinco.

Este juicio merece nuestro respeto. No me cabe duda de que la vida de los jueces actuales sería más fácil si los artífices del *New Deal* hubiesen respetado las reglas del Artículo Cinco. El formalismo permite a quienes han olvidado (o nunca han conocido) su historia identificar las intenciones constitucionalmente forjadoras de sus predecesores. Si los artífices del *New Deal* nos hubiesen enviado unas cuantas cápsulas del tiempo de significado al modo clásico del Artículo Cinco, los juristas se podrían poner a trabajar de inmediato sin tener que habérselas con el pesado tomo que el lector tiene en las manos, y esto sería una ventaja. Pero hay cosas más importantes que la conveniencia cognitiva de juristas y jueces.

Quiero plantear una cuestión de legitimidad[82]. Escribo como miembro de una generación que, en los últimos veinte años, claramente no ha conseguido obtener un apoyo popular amplio y profundo a favor de ninguna iniciativa constitucional importante. En estos tiempos que vivimos, nuestra principal tarea es mantener viva la tradición estadounidense de soberanía popular preservando, lo mejor que podamos, la memoria de los logros del pasado. En vez de expulsar al *New Deal* del tribunal de la opinión constitucional aduciendo torticeramente el formalismo, hemos de

---

[81] Pero, como ya he sugerido, una explicación estrictamente legalista de la motivación de Hughes me parece ingenua (véase la nota 47 *supra*). Respecto a Roberts, las razones que dio para justificar su cambio de opinión en *Parrish* simplemente no se sostienen sobre una base legalista, como reconoce incluso un legalista como R. D. Friedman, «Switching Time and Other Thought Experiments», cit., p. 1950. Pero me niego a ser arrastrado hasta el fondo de este marasmo, ya que mi mayor argumento no depende de las inefabilidades de la motivación privada.

[82] Profundizo en esta cuestión en «A Generation of Betrayal?» *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997, p. 1519.

tratar de entender su profunda contribución a la idea de que los estadounidenses todavía viven gobernados *por el Pueblo*.

Es cierto que esta idea de un proyecto común está hoy en peligro; que el recuerdo de los logros del pasado no es ninguna garantía de futuros éxitos, pero tampoco mejoramos nuestras perspectivas futuras olvidando totalmente los logros del pasado.

XII
¿REDESCUBRIMIENTO O CREACIÓN?

En defensa del cambio a tiempo

¿Quién liquidó el Artículo Cinco?

No fue el Presidente, ni el Congreso, sino el Tribunal Supremo.

¿Cómo lo hicieron los magistrados?

Negociando su «cambio a tiempo», y de este modo desactivando un debate sobre la introducción de enmiendas formales que amenazaba con debilitar al Tribunal de forma permanente.

O esto es lo que argumentaba el capítulo anterior cuando instaba a juristas y jueces a analizar atentamente el Artículo Cinco para reconocer que los artífices del *New Deal* llevaron a cabo su revolución utilizando otros medios institucionales y basándose en unos textos legales diferentes. A efectos de este argumento, he aceptado la suposición formalista de que habría sido mejor que el pueblo estadounidense hubiese sido llevado por Wheeler y Roosevelt a expresar su voluntad constitucional mediante el sistema clásico del Artículo Cinco.

Pero ya es hora de someter esta premisa a escrutinio crítico.

Escenarios alternativos

Si bien había una posibilidad real de éxito utilizando el Artículo Cinco, era solo una posibilidad. Otros escenarios se avecinaban. Supóngase, por ejemplo, que el Tribunal se hubiese negado a cambiar, que Roosevelt y el Congreso hubiesen respondido con un paquete de enmiendas del *New Deal*, pero que los Demócratas no hubiesen conseguido tan fácilmente el apoyo de treinta y seis estados. Cuando el país se prepara para las elecciones al Congreso de 1938, contrincantes bien financiados en unos cuantos pequeños estados empiezan a derrotar las enmiendas, dejando al mando al Viejo Tribunal. ¿Cree alguien que Roosevelt y los Demócratas se habrían tomado la derrota a la ligera?

Al contrario, Roosevelt se habría dirigido de nuevo al Pueblo para renovar su mandato en las elecciones de 1938: «Durante la primavera de 1937, escuché a mis críticos y traté de obtener el consentimiento de los estados a las enmiendas constitucionales. Pero, como ya os había advertido, esto solo ha servido para que los «monárquicos económicos» saboteasen la voluntad nacional manipulando el voto de unos cuantos estados pequeños. Ya no podemos permitirnos dejar que los obreros, los agricultores y los ancianos esperen que unos cuantos de los Nueve Magistrados de más edad abandonen el Tribunal».

Teniendo en cuenta las abrumadoras mayorías obtenidas en aquella época por los artífices del *New Deal*, es inconcebible que los Republicanos pudiesen haber recuperado ninguna de las dos Cámaras en 1938 instando al Pueblo a proteger a un Tribunal que recientemente había invalidado la *Labor Act* y la *Social Security Act*[1]. Tras regresar al Congreso después de una campaña en la que se había demonizado a los magistrados como enemigos de la soberanía popular, los Demócratas podrían haber reclamado un mandato expreso para la medida presidencial de ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo. Como mínimo, esto habría provocado una profundización de la crisis constitucional.

Es absurdo hacer más profecías, pero no podemos olvidar una cosa: en 1938 se estaba avecinando una guerra mundial. Al llevar su desafío constitucional más allá de 1937, el Tribunal corría el riesgo de que el país se hundiese en una crisis constitucional en el momento del ataque a Pearl Harbour[2]. Por el contrario, su cambio permitía a los estadounidenses abordar el siguiente gran reto con la sensación de que habían conseguido capear con éxito las tormentas de la década anterior.

Los momentos constitucionales tienen que tener un final. El Pueblo tiene que poder pasar a otras cosas teniendo la sensación de que su argumentación y su actividad política apasionada no han sido en vano: *que el gobierno ha escuchado su voz de una forma que no será fácil de olvidar*. Es verdad que el cambio del Tribunal significaba que juristas y jueces tendrían que recordar la revolución del *New Deal* de un modo diferente: mediante dictámenes judiciales en vez de mediante enmiendas formales. Pero ¿acaso era este un precio demasiado elevado para llevar el asunto a una conclusión coronada por el éxito?

---

[1] De hecho, los Republicanos consiguieron una victoria sustancial en 1938, pero ni siquiera se acercaron a la mayoría en ninguna de las dos Cámaras. Para un análisis más detallado del significado de esta victoria, véase el capítulo 11, nota 64.

[2] El azar de los fallecimientos no habría bastado para acabar con la crisis antes de la guerra: Butler murió el 11 de noviembre de 1939; McReynolds el 24 de agosto de 1946; Sutherland el 18 de julio de 1942; Van Devanter el 2 de febrero de 1941.

No lo creo, especialmente si tenemos en cuenta que los artífices del *New Deal* tenían serias dudas acerca del poder del Artículo Cinco para expresar el carácter distintivo de su revolución.

Jurisprudencia: la revuelta pragmática

Las dudas del *New Deal* acerca del Artículo Cinco reflejaron la mayor revuelta pragmática contra el formalismo que había recorrido buena parte de la cultura estadounidense a comienzos del siglo XX[3]. También expresaron la orientación ideológica característica del propio *New Deal*, que ocupaba un espacio político en un punto intermedio entre Locke y Marx explorando la posibilidad de una «tercera vía» entre el capitalismo y el socialismo. El espíritu del *New Deal* era ostentosamente pragmático: experimentar, construir basándose en lo que pareciera funcionar, aplaudir la adaptación creativa, etcétera. No se quería consagrar en la Constitución ninguna fórmula aparentemente definitiva que pudiese paralizar nuevas adaptaciones pragmáticas. Dejemos que los europeos se maten unos a otros con sus «soluciones ideológicas finales»; los estadounidenses abordaremos los retos del siglo XX con un espíritu diferente. Como explica Robert Jackson en *The Struggle for Judicial Supremacy*:

> Lo que nosotros exigíamos para nuestra generación era el derecho a influir de un modo consciente en el proceso evolutivo de la ley constitucional, igual que habían hecho otras generaciones. Y mi generación ha ganado su batalla para dejar su propia huella en la doctrina constitucional del Tribunal. Lo ha hecho concentrando las fuerzas de la opinión pública en contra del Viejo Tribunal mediante la batalla judicial, tratando de influir en la elección de personas de amplias miras y, por encima de todo, persuadiendo al propio Tribunal. No hay que olvidar que muchos de los cambios más importantes en teoría legal fueron anunciados antes de que se produjese ningún cambio entre los magistrados[4].

Es claramente perceptible una nota de satisfacción en el descubrimiento de Jackson de que el Viejo Tribunal acabó optando por ser pragmático.

---

[3] Los partidarios del realismo jurídico, que entonces estaban ganando prominencia en la jurisprudencia estadounidense, expresaban dudas similares, pero es un error exagerar su papel directo en este asunto. Los académicos con una mayor influencia sobre Roosevelt –hombres como Frankfurter o Edward Corwin– no eran realistas en sentido estricto, pero sí *eran* pragmáticos, y esto bastaba para generar una buena cantidad de escepticismo. Para un excelente estudio de su contexto intelectual, véase Morton White, *Social Thought in America: The Revolt against Formalism*, Nueva York, Viking, 1949.

[4] R. Jackson, *The Struggle for Judicial Supremacy*: *A Study of a Crisis in American Power Politics*, cit., p. xiv. El libro fue publicado cuando su autor entró a formar parte del Tribunal.

Quizá medio siglo de experiencia constitucional con el pragmatismo del *New Deal* puede enseñarnos algo acerca de los costes, y también de los beneficios, de esta aproximación al cambio constitucional. Quizá debamos reconsiderar el elogio que hace Jackson de la adaptación informal e inyectar nuevas estructuras formales en el proceso moderno de producción normativa de carácter superior. Esta es, en todo caso, mi conclusión en el último capítulo.

Pero una cosa es abogar por una reformalización (parcial) y otra muy distinta imponer esta preferencia retroactivamente a la década de 1930 y negarse a apreciar los logros constitucionales del *New Deal*. Por lo que respecta a los artífices del *New Deal*, el formalismo era el problema, no la solución. La crisis constitucional estadounidense no podía resolverse añadiendo unas cuantas fórmulas más; requería que los magistrados llevasen a cabo su tarea interpretativa con otra mentalidad.

El «cambio» del Tribunal sirvió como un símbolo adecuado del espíritu pragmático que estaban manifestando los estadounidenses al dar su apoyo sostenido a la revolución del *New Deal*.

La crítica del federalismo

También proporcionó una solución elegante a un doloroso problema que amenazaba a las capacidades adaptativas del sistema como un todo: el poder de veto que daba a los estados el Artículo Cinco. Por lo que respecta a los Federalistas de la Fundación, el Artículo Cinco era una técnica para *debilitar* el veto que los estados estaban ejerciendo a tenor de los Artículos de Confederación. Pero, para la Reconstrucción, este federalismo debilitado todavía era demasiado fuerte: Estados Unidos era ahora una nación, y era una equivocación permitir que una minoría de estados vetase nuevas soluciones constitucionales que habían obtenido el apoyo sostenido y reflexivo de unas mayorías nacionales movilizadas. Ya hemos visto a Roosevelt sosteniendo este mismo argumento en su defensa de la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo. En vez de impugnarlo aún más, ¿no era más sensato que el Tribunal reconociese su relevancia adaptando la ley constitucional a la voluntad nacional sin insistir en el Artículo Cinco?

El cambio del Tribunal no privó a los estadounidenses, por supuesto, del sistema clásico del Artículo Cinco basado en el federalismo dual. Simplemente proporcionó al Pueblo otra alternativa, más nacionalmente centrada, para que el Tribunal respondiese de forma pragmática a las demandas sostenidas de cambio constitucional expresadas por el Presidente y el Congreso sobre la base de una serie cada vez mayor de mandatos electorales de la ciudadanía. ¿No era esta una adaptación adecuadamente expresiva del espíritu nacionalista del mandato popular del *New Deal*?

Considerando la alternativa

No menos importante, el sistema del *New Deal* ha funcionado mucho mejor que las enmiendas formales que los estadounidenses hubieran probablemente aprobado durante la década de 1930. Como hemos visto, los principales partidarios del Artículo Cinco, como el senador Wheeler, no tenían intención de defender a muerte el federalismo. Solo deseaban proporcionarle un entierro diferente. Si se hubiesen salido con la suya, una mayoría de dos terceras partes del Congreso podía haber anulado los vetos del Tribunal reformulando leyes después de solo unas elecciones generales, sin derivación alguna a los estados. También hemos visto que el Presidente podía muy bien haber refrendado estas ideas progresistas si hubiera visto la necesidad política de unirse a Wheeler en su viaje por la senda del Artículo Cinco.

Consideremos cómo podría haber funcionado este esquema en la práctica. El Tribunal declara que la Constitución requiere X; el Congreso invalida esta declaración y afirma que no X, sino Y es el ideal más apropiado en una u otra área de la vida. A partir de este momento, la X del Tribunal gobierna en un área y la Y del Congreso en otra. O aún peor, la ley revocadora puede contener un montón de detalles sin mucha visión organizadora. Por consiguiente, la X del Tribunal es eclipsada por un montón de detalles legales. Con el paso del tiempo, las reiteradas anulaciones del Congreso habrán generado una especie de Constitución-revoltijo que constituye una burla cada vez mayor de la idea según la cual el Pueblo podría marcar una serie de directrices coherentes a sus agentes gubernamentales.

El cambio del Tribunal permitió a los estadounidenses evitar este destino. Comprometiéndose a rehacer la estructura de la normativa existente para expresar la visión propia del *New Deal* del gobierno intervencionista, el Tribunal retuvo su responsabilidad institucional de dar coherencia general a la forma de la doctrina constitucional. El siguiente volumen de esta serie, *Interpretaciones*, seguirá al Tribunal en su intento de reconciliar las antiguas tradiciones constitucionales de libertad e igualdad con las nuevas afirmaciones del gobierno intervencionista en pro del bienestar general.

De momento, basta con contrastar el carácter dialógico del intento del Tribunal con la solución mecánica que hubiese prevalecido si se hubiese promulgado una enmienda Wheeler-Roosevelt de acuerdo con el Artículo Cinco. En función de esta alternativa, el Tribunal podría haber continuado afirmando la tradición *lochneriana* en sus dictámenes, mientras que el Congreso afirmaba episódicamente el intervencionismo del *New Deal* en una serie de leyes revocadoras, sin que *ningún* órgano del gobierno estadounidense intentase sintetizar lo viejo y lo nuevo. Fueran cuales fuesen las dificultades con que se ha topado el Tribunal en su empresa sintética, ¿le habría ido mejor al país con una alternativa mecánica?

Lo dudo. Manteniendo una visión del orden constitucional como una síntesis del activismo del *New Deal* con las viejas tradiciones de libertad e igualdad, el Tribunal no solo ha desafiado al moderno Estado burocrático a estar a la altura de sus afirmaciones de legitimidad constitucional, sino que ha alentado a otros a hacer la misma demanda, provocando un debate público sobre el principio constitucional mucho más serio del que se hubiese producido con la alternativa mecánica de Wheeler.

Elogio de lo no convencional

Me niego, por lo tanto, a unirme al lamento formalista por el fracaso de una generación anterior de estadounidenses de enunciar sus intenciones constitucionales por medio de enmiendas aprobadas de acuerdo con el Artículo Cinco. Mi posición está más cerca de la celebración que del desdén. Sesenta años después, algunas doctrinas del *New Deal* se consideran deficientes, y otras necesitan un rejuvenecimiento, pero la necesidad de reconstrucción doctrinal no debe hacernos perder de vista el logro central del constitucionalismo del *New Deal*. En vez de obligar a los estadounidenses a someterse a una serie de formalismos federalistas, sus adaptaciones no convencionales permitieron a la ciudadanía expresar un apoyo sostenido a una interpretación más nacionalista, activista, pragmática y dialógica de sus compromisos como Pueblo. ¿Responderán los estadounidenses del siglo XXI a futuras crisis con una creatividad similar?

De la ratificación a la consolidación

Imagine que es usted un ciudadano corriente observando desde lejos lo que pasa en Washington en el verano de 1937. Ya no asiste a la lucha entre el *New Deal* y el Viejo Tribunal que retaba al Pueblo a decidir entre dos visiones diferentes del gobierno estadounidense. Ni está usted inmerso en un agrio debate entre el Presidente y el Congreso acerca de si se necesita una enmienda formal para obligar al Tribunal a tener en cuenta la voluntad del Pueblo. Con el cambio a tiempo, los tres poderes actúan ahora de acuerdo con la premisa de que *el* New Deal *hablaba en nombre del Pueblo al promulgar reformas revolucionarias como la* Wagner Act *y la* Social Security Act.

En consecuencia, los ciudadanos ordinarios podrían empezar a relajarse: si los peces gordos de Washington jugaban bien sus cartas, la gente normal podría pasar a otros asuntos –públicos o privados– que habían sido dejados a un lado mientras el gran debate constitucional ocupaba el primer plano. Dado que el punto de vista del ciudadano común es crucial para el proyecto del constitucionalismo dualista, solo diré que el «cambio»

representó el comienzo de un proceso de ratificación, el momento en que los ciudadanos podrían asumir de un modo verosímil que sus representantes en Washington habían empezado a hacer caso a sus demandas de un cambio fundamental.

Pero era solo el comienzo y podría haber salido mal.

Nombramientos transformadores

Si Hughes y Robert habían votado de forma tan diferente en 1936 y en 1937, ¿podían haber dado de nuevo marcha atrás en 1938?

La profundidad de esta preocupación se puso de manifiesto con el gran impacto que produjo en la opinión pública el anuncio, en mayo de 1937, de la retirada de Van Devanter, el presidente del Tribunal Supremo. Su partida prometía hacer menos probable otro cambio, con lo que aumentaba la probabilidad de un flujo continuo de dictámenes que elaborasen la visión activista. El curso del Tribunal todavía era incierto y dependía del carácter de los nombramientos y de la voluntad de estos de revolucionar la doctrina reinante. Pero ¿no era más sensato esperar y ver lo que pasaba?

Este fue el enfoque adoptado por una mayoría de diez contra ocho en el Comité Judicial del Senado en su informe de junio sobre la propuesta de la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo por parte del Presidente. Escribiendo después del anuncio de Van Devanter así como de la decisión del Tribunal sobre las *Labor Act* y la *Social Security Act*[5], la mayoría se opuso a la propuesta de ampliación del Presidente:

> Aunque todas las acusaciones contra los miembros llamados «reaccionarios» de este Tribunal fuesen ciertas, es mucho mejor que esperemos tranquilamente el cambio inevitable de las personas a que inundemos impacientemente el Tribunal con nuevos miembros. Imponiéndonos esta limitación y demostrando con ello nuestra fe en el sistema estadounidense, daremos un ejemplo que protegerá a la judicatura estadounidense independiente de ser atacada mientras dure este gobierno[6].

Como en el debate general, el informe de la mayoría no intentó una defensa a fondo de los esfuerzos del Tribunal para preservar la Constitución de la República Media. Su protesta se centró en la forma en que había que realizar la transición al nuevo régimen, rechazando el deseo del Presidente de

[5] En realidad, el voto crucial del Comité Judicial se produjo a mediados de mayo, después de que el Presidente se negase a adoptar el compromiso que más tarde aceptó.
[6] 75th Cong., 1st Sess., Sen. Comm. On Jud., *Reorganization of the Judiciary*, Report núm. 711, 1937, p. 14.

«inundar impacientemente» al Tribunal Supremo a favor de un proceso más «metódico» de cambio en respuesta a lo «inevitable».

Pero ¿qué aspecto tendría este proceso «metódico»? ¿Aprovecharía el Presidente las aperturas para nombrar a partidarios comprometidos del *New Deal* dispuestos a respaldar una transformación revolucionaria de la doctrina constitucional? Y en este caso, ¿las confirmaría el Senado?

Ninguna de las respuestas tenía que darse por descontada. No es frecuente que los presidentes utilicen los nombramientos en el Tribunal Supremo con un propósito transformativo. Normalmente no tienen la voluntad de hacerlo. Aunque no estén satisfechos con la doctrina existente, hay otros factores que tienen más peso: pagar una deuda política, apelar a un interés o región políticamente importante, o simplemente nombrar a un amigo muy querido. De hecho, Roosevelt ya había expresado esta lógica política ordinaria prometiendo al senador Joseph Robinson un puesto en el Tribunal Supremo. Aunque Robinson había sido un líder de la mayoría leal, su elevación al Tribunal Supremo no auguraba nada bueno para el *New Deal*. Con raíces en la tradición jeffersoniana del Partido Demócrata sureño, McRobinson se habría sentido profundamente atraído por el conservadurismo de magistrados como Reynolds (que había sido nombrado, apuntémoslo, por Woodrow Wilson) en torno a los derechos de los estados[7]. Es simplemente imposible decir si esta afinidad ideológica se habría impuesto a su lealtad partidista con Roosevelt.

La repentina muerte de Robinson no solo acabó con la iniciativa de la ampliación, sino que dejó libre al Presidente para explorar una lógica diferente del nombramiento judicial, una lógica característica de raros momentos de política constitucional. Solo en estos casos son los nombramientos para el Tribunal Supremo algo más que jugosos frutos políticos, que pueden o no ser utilizados por el Presidente para complacer sus gustos de filosofía constitucional. Se convirtieron en piezas cruciales en la batalla por la transformación que se avecinaba. En tales momentos, la ideología constitucional se convierte regularmente en el factor más destacado de los nombramientos presidenciales, aunque ni siquiera entonces es el único.

Esto fue así en los días de Jefferson, de Jackson, de Lincoln y de Grant. Y volvió a serlo una vez más cuando Roosevelt reafirmó con éxito el liderazgo presidencial en tiempos de política constitucional. Entre 1937 y su muerte en 1945, Roosevelt hizo ocho nombramientos para el Tribunal. Solo en uno de ellos –el de James Byrnes en 1941– aplicó la lógica normal de los

---

[7] McReynolds fue nombrado por el «liberal» Wilson en gran parte porque el Presidente encontraba odioso a su Fiscal general y quería ascenderle para quitárselo de en medio. Henry Abraham, *Justices and Presidents and Senators: A History of the U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Clinton*, Nueva York, Oxford University Press, 1992, pp. 177-178.

nombramientos. Byrnes era un candidato desilusionado a vicepresidente y un viejo amigo cuya filosofía constitucional, si la tenía, era la tradicional del Sur jeffersoniano. Pero Roosevelt se permitió hacer este nombramiento solo cuando otros nombramientos habían consolidado ya la revolución del *New Deal*, y en cualquier caso, a Byrnes no le gustó el trabajo y dimitió después de estar un año en el cargo[8].

Por lo demás, el Presidente limitó sus nombramientos a personas públicamente partidarias de la filosofía del gobierno activista del *New Deal*. Y es aquí donde innovó, creando un precedente fundacional de la República Moderna. Para bien o para mal, la imagen del Presidente redimiendo la voz del Pueblo mediante una serie de nombramientos transformativos ha configurado profundamente la moderna interpretación de la transformación constitucional legítima.

Me ocuparé de las actuales consecuencias de este precedente en el próximo capítulo. De momento, me concentraré en cómo consiguió Roosevelt salirse con la suya la primera vez. Una cosa era hacer de los nombramientos transformativos una prioridad de la Presidencia; otra que el Senado estuviese de acuerdo, y otra aún más distinta que los nuevos magistrados hiciesen realidad las intenciones del Presidente revolucionando la doctrina constitucional. Consideremos por partes cada uno de estos pasos.

Las confirmaciones senatoriales y las elecciones ratificadoras

¿Por qué no impidieron los conservadores del Senado que el Presidente pusiera en práctica una estrategia de nombramientos transformativos? Los liberales no habían dado muestras equivalentes de contención cuando Herbert Hoover estaba en la Casa Blanca. Libraron una exitosa campaña ideológica contra la nominación por parte de Hoover de John Parker; e incluso Charles Evan Hughes –uno de los estadistas más destacados de la época– encontró una fuerte resistencia como candidato de los grandes empresarios, y obtuvo la confirmación por cincuenta y dos votos contra veintiséis en 1930[9]. ¿Por qué, pues, los conservadores del Congreso no se mostraron igual de belicosos durante la parte final de la década de 1930?

Indudablemente, Roosevelt tenía estas preguntas en mente cuando nombró a Hugo Black para sustituir a Van Devanter tras la crisis de la ampliación del Tribunal. Si bien Black era un claro defensor del *New Deal*, también era senador, y en consecuencia podía contar con la cortesía senatorial para ganar

---

[8] Véase *ibid.*, p. 232.

[9] Véase Laurence Tribe, *God Save This Honorable Court: How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*, Nueva York, Random House, 1985, p. 148.

apoyos. Pese a esta ventaja, el nombramiento de Black no fue un jardín de rosas, sino que suscitó un vivo debate y una fuerte división partidista, con 16 representantes republicanos votando contra sesenta y tres demócratas en un momento en que las pasiones todavía estaban en carne viva[10].

Con el nombramiento de Stanley Reed, los conservadores empezaron a afrontar su momento de la verdad. Como subsecretario de Justicia, Reed había defendido los argumentos del *New Deal* ante el Tribunal y era de esperar que como magistrado fuese coherente y defendiese argumentos liberales. Las intenciones transformativas de Roosevelt no podían ser más obvias.

El Presidente envió el nombre de Reed al Senado en enero de 1938, en un momento en que los Republicanos estaban a la expectativa, deseando la llegada de noviembre. No solo habían empezado a anotarse puntos contra Roosevelt en la polémica de la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo, sino que recientemente la economía había caído en picado, poniendo en cuestión la capacidad del *New Deal* para sacar al país de la Depresión[11]. ¿Continuarían los conservadores su iniciativa política lanzando una campaña contra la nominación del Presidente? Incluso si perdían la batalla contra Reed, ¿no sería este un tema ideal de campaña, ya que los candidatos republicanos habían prometido solemnemente practicar el obstruccionismo contra cualquier otra nominación liberal?

Sobre el papel de las elecciones para la ratificación

La cuestión se vuelve más imperiosa cuando la contrastamos con desarrollos análogos que tuvieron lugar durante la Reconstrucción. El «cambio a tiempo» de 1937 no fue precisamente la primera vez que los defensores de la Constitución tradicional se batieron en retirada ante la afirmación agresiva de un mandato del Pueblo. Igual que en marzo de 1937, también en marzo de 1868, los poderes conservadores del Estado se enfrentaban al juicio de la opinión pública, con el presidente Johnson ante la posibilidad de ser condenado en su juicio por *impeachment* y con el Tribunal sopesando la perspectiva de la pérdida de su jurisdicción en *McCardle*.

Igual que en 1937, estas amenazas no convencionales fueron seguidas de una rápida retirada conservadora. Antes de las siguientes elecciones generales, tanto el Presidente como el Tribunal se habían puesto de acuerdo en la autoridad de la Convención/Congreso para imponer la Reconstrucción y la Decimocuarta Enmienda en nombre del Pueblo estadounidense. Pero

---

[10] *Ibid*.
[11] Véase James Patterson, *Congressional Conservatism and the New Deal: The Growth of the Conservative Coalition in Congress, 1933-1939*, Lexington, University of Kentucky Press, 1967, caps. 6-8

¿era el cambio conservador meramente una retirada táctica o representaba un reconocimiento duradero de que el Pueblo había hablado?

Fue aquí donde las elecciones de 1868 jugaron un papel fundamental en la *consolidación del cambio* dando a los conservadores una oportunidad realista final de cuestionar el consenso institucional emergente. Los Demócratas aprovecharon esta oportunidad, con su candidato a vicepresidente, Frank Blair, amenazando con un rechazo total de la solución constitucional de los Republicanos. Si bien la amenaza de Blair no surtió efecto y contribuyó a que Grant ganara las elecciones, sí se la tomaron en serio. Solo después de rechazar esta amenaza en 1868 pudieron los Republicanos proceder firmemente a utilizar su control sobre los tres poderes del Estado para consolidar el nuevo orden constitucional.

También el cambio de 1937 había conferido impulso institucional a la revolución del *New Deal*, pero los Republicanos todavía eran libres de hacer un esfuerzo al estilo de Blair para invertir la marcha del tren institucional. ¿Desplegarían las elecciones de 1938 y de 1940 un patrón similar de desafío conservador?

El perro que no ladró y el que sí ladró

La respuesta es sí y no. Si los Republicanos del Senado no consiguieron convertir la estrategia transformativa del Presidente en un tema de campaña en 1938, su candidato a la Presidencia no mostró una renuencia similar dos años más tarde.

Empecemos con el perro que no ladró. Tras la exitosa nominación de Black, la resistencia senatorial a la estrategia de Roosevelt simplemente se desmoronó. Reed fue confirmado sin oposición[12].

No menos notable fue la respuesta republicana a su victoria electoral en noviembre. Por primera vez en la década de 1930, el Partido experimentó una subida en su apoyo. Es cierto, el cambio solo incrementó el número de senadores republicanos de dieciséis a veintitrés[13]. Pero ¿no era esto suficiente para alentarlos a unirse a los Demócratas sureños para contener la revolución del *New Deal* en los tribunales?

Si bien esta coalición conservadora era muy poderosa en otras áreas[14], no cuestionó seriamente la designación para el Tribunal de tres enérgicos

---

[12] *Congressional Record*, 83, 1938, p. 1069.

[13] Véase Donald Bacon *et al.* (eds.), *Encyclopedia of the U.S. Congress*, cit., vol. 3, 1995, pp. 1556-1558, cuadro 1. Había setenta y seis representantes demócratas después de las elecciones de 1936, sesenta y nueve después de 1938, y sesenta y seis después de 1940.

[14] Entre sus otras iniciativas, la coalición conservadora organizó una gran ofensiva para promulgar una ley de procedimientos administrativos que prometía reducir drásticamente los poderes

liberales en los dos años siguientes[15]. Frankfurter y Frank Murphy obtuvieron la confirmación unánime del Senado, y lo único que llevó a cuatro senadores a oponerse a la designación de William O. Douglas ¡fue el temor de que había sido demasiado contemporizador con los empresarios mientras fue presidente de la SEC![16].

A medida que las elecciones presidenciales se aproximaban, la situación alcanzó un punto de no retorno. Veamos cómo la describía Wendell Willkie Wendell Willkie O. Douglas el 9 de marzo de 1940 en el *The Saturday Evening Post*, periódico de difusión nacional:

> El señor Roosevelt ha vencido. Ahora, el Tribunal es suyo.
>
> Para entender lo que esto significa, es necesario ser muy claro respecto a la naturaleza de la propia ley. El verdadero alcance de la ley no hay que buscarlo en textos escritos o en disposiciones y enmiendas constitucionales. Estos son parte del esqueleto, pero el cuerpo de la ley se construye gradualmente –con ocasionales interrupciones y desviaciones– decidiendo en cada caso a partir de precedentes facilitados por decisiones previas […].
>
> Cuando se hacen una serie de reinterpretaciones que invalidan precedentes bien argumentados, en un período breve de tiempo y por parte de unos jueces recientemente nombrados que tienden a indicar el mismo desacuerdo básico con la concepción de gobierno establecida,

---

de la ascendente burocracia. Véase George Shepard, «Fierce Compromise: The Administrative Procedure Act Emerges from New Deal Politics», *Northwestern University Law Review*, vol. 90, 1996, pp. 1557, 1586-1632. Si bien los conservadores no consiguieron promulgar la ley antes de que la guerra pospusiera futuros intentos, su nuevo planteamiento legal reflejaba el reconocimiento de que ya no podían confiar en el Tribunal como baluarte constitucional contra el gobierno burocrático.

[15] Hay una escena que expresa muy bien el espíritu de la estrategia del Presidente: «El día de Año Nuevo de 1939, el presidente Roosevelt se reunió con Robert H. Jackson, Homer Cummings y Harry Hopkins para discutir qué candidatos podían ser los adecuados para cubrir la vacante creada en el Tribunal Supremo por la muerte de Benjamin N. Cardozo. Hubo cierto apoyo para los candidatos del oeste, pero Jackson, que apoyaba a Felix Frankfurter, se oponía a ellos. Sostenía que había demasiado en juego –nada menos que el curso y la dirección de la interpretación constitucional– para abordar la cuestión en términos geográficos. La consideración más importante, pensaba él, era la posible habilidad del designado para interpretar la Constitución "con suficiente competencia intelectual y seguridad en sí mismo para enfrentarse al juez Hughes públicamente y defender su punto de vista en la discusión. Cualquier hombre del oeste al que quieras designar –le dijo al Presidente– estará aquejado de un complejo de inferioridad en presencia del actual presidente del Tribunal Supremo, que parece Dios y habla como Dios. Será completamente incapaz de ayudarle a dar sentido a la acción del Tribunal". A lo que FDR replicó, "Creo que Felix es el único hombre que podría hacer este trabajo, Bob". Cuatro días más tarde Frankfurter fue nombrado para el Tribunal», David Danelski y Joseph Tulchin, *The Autobiographical Notes of Charles Evans Hughes*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1973, p. xxviii.

[16] Véase *Congressional Record*, 84, 1939, pp. 3706-3713, 3733-3788 (véanse especialmente las observaciones del senador Frazier) Frankfurter y Murphy fueron confirmados por unanimidad. Véase L. Tribe, *God Save This Honorable Court: How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*, cit., p. 148.

> el observador atento solo puede concluir que algo revolucionario está en marcha. Y esto es lo que ha sucedido aquí [...].
>
> Ahora, el pueblo de Estados Unidos puede aprobar lo que está sucediendo, y si lo hace, es asunto suyo, pero las decisiones legales se formulan en un lenguaje que al lego le resulta difícil de entender. Por consiguiente, el ciudadano medio puede muy bien no ser consciente del carácter revolucionario de las decisiones del Tribunal [...].

Tras un inteligente examen de las decisiones recientes del Tribunal relativas al comercio interestatal, los impuestos y la legislación sobre el bienestar social, Willkie presentó a sus lectores unas cuantas conclusiones sorprendentes:

> Estas decisiones han convertido al gobierno de Estados Unidos en un Gobierno nacional, y ya no Federal [...].
>
> La opinión pública estadounidense [...] todavía no ha experimentado todos los caprichos, rarezas y antojos de un gobierno central perfectamente entronizado cuya mano llega a las vidas diarias de todos. Y el filósofo social puede muy bien especular cuál será la reacción de la opinión pública cuando haya sido sometida a todas estas pruebas. Si la gente de hoy en día se parece algo a sus ancestros, apuesto a que cuando entienda lo que está pasando se rebelará con todas sus fuerzas[17].

Pero, naturalmente, Willkie no era un simple «filósofo social». Artículos como el citado le estaban propulsando al centro mismo de la política republicana. Su meteórico ascenso fue en sí mismo destacable, ya que Willkie era un gran hombre de negocios que nunca se había presentado a un cargo público y que hacía muy poco tiempo que había cambiado su inscripción en el Partido Demócrata. Pese a ello, la convención del Partido Republicano le había elegido como su abanderado en la papeleta electoral, por encima de incondicionales del Partido como Robert Taft[18].

Los Republicanos consiguieron lo que buscaban. En su discurso de aceptación, Willkie declaró ser «un demócrata liberal que había cambiado su filiación partidista porque había encontrado la democracia en el Partido Republicano más que en el partido del *New Deal*»[19]. Y no estaba nada dispuesto a convertir su ensayo jurisprudencial de *The Saturday Evening Post* en la base de un ataque contra el Tribunal del *New Deal*. Para él era más importante ir más allá de los límites partidistas para recalcar repetidamente

---

[17] Wendell Willkie, «The Court Is Now His», *Saturday Evening Post*, 9 de marzo de 1940, pp. 29, 71, 74 y 79.

[18] Para una buena descripción de su política, véase H. Parmet y M. Hecht, *Never Again: A President Runs For a Third Term*, cit.

[19] Véase *The New York Times*, 18 de agosto de 1940, secc. 1, p. 13.

su apoyo a la *National Labor Relations Act*, a la *Social Security Act* y a la *Fair Labor Standards Act*[20]. Dada su fidelidad a estos hitos del *New Deal* era imposible que anhelase muy visiblemente los viejos tiempos en los que los cuatro jinetes conservadores triunfaban en el Tribunal[21].

Willkie, por el contrario, apuntó a un objetivo constitucional mucho más atractivo: la decisión de Roosevelt de romper con unos precedentes de autolimitación consagrados desde los tiempos de Washington y presentarse para un tercer mandato. Roosevelt había invocado el estallido de la guerra en Europa para justificar su ruptura con ese precedente[22], pero para Willkie ello era una simple tapadera para justificar su deslizamiento hacia la dictadura[23]. La crítica constitucional de Willkie a un tercer mandato tuvo mucho eco, pero no fue suficiente para derrotar a Roosevelt, que batió a su rival «Demócrata liberal» por un margen de cincuenta y cinco a cuarenta y cinco[24].

De todos modos, es esclarecedor imaginar las implicaciones de una victoria de Willkie. Según este escenario, una vez que el candidato «Demócrata liberal» hubiese estado seguro en la Casa Blanca, podría haberse tomado más seriamente las ideas expuestas en el *The Saturday Evening Post*. Cuando Hughes y McReynolds se retiraron del Tribunal durante este mandato, el presidente Willkie podría haber exhortado a los estadounidenses a reconsiderar la revolución doctrinal que había «convertido al gobierno de Estados Unidos en un Gobierno nacional, y ya no federal». Señalando la serie de nombramientos liberales de Roosevelt, podría haber iniciado una campaña para «equilibrar» el Tribunal. Con el Tribunal inclinándose tan claramente en la dirección del nacionalismo intervencionista, ¿no había llegado el momento de nominar a candidatos fuertemente conservadores para que continuasen la apasionada defensa que había hecho McReynolds de las tradiciones de antaño?

Quizá la respuesta de Willkie habría sido «sí». Quizá habría convencido al Senado. Pero cuando Roosevelt obtuvo su tercer mandato, algo

---

[20] Véase, por ejemplo, Seattle Address, 23 de setiembre de 1940, reimpreso en A. Schlesinger (ed.), *History of American Presidential Elections*, cit., vol. 4, pp. 2974, 2975-2976.

[21] El discurso de Willkie aceptando la nominación del Partido Republicano no criticaba las decisiones del Tribunal Supremo a la manera de su artículo anterior a la nominación en el *Saturday Evening Post*. Al contrario, defendía muchos de los principios fundamentales del *New Deal*. Véase *The New York Times*, 18 de agosto de 1940, cit. Para un útil resumen de las ideas de Willkie, véase Robert Burke, «The Election of 1940», en A. Schlesinger (ed.), *History of American Presidential Elections*, cit., vol. 4, p. 2917.

[22] Véase H. Parmet y M. Hecht, *Never Again: A President Runs For a Third Term*, cit., p. 176.

[23] Véase, por ejemplo, el discurso final en el Madison Square Garden, del 2 de noviembre de 1940, reimpreso en A. Schlesinger (ed.), *History of American Presidential Elections*, cit., vol. 4, p. 999.

[24] Se depositaron 50 millones de votos. El voto en el Colegio Electoral fue de cuatrocientos cuarenta y nueve a ochenta y dos, *ibid.*, p. 3006.

sin precedentes, la hora de estas cuestiones había pasado. Tanto Roosevelt como el país tenían otros asuntos de los que ocuparse, especialmente la atroz guerra mundial y sus implicaciones para Estados Unidos. Respecto a la revolución del *New Deal* de la década de 1930, Roosevelt no tenía absolutamente ningún motivo para variar la estrategia que había desarrollado para garantizar la futura consolidación de la misma. Cuando Hughes y McReynolds se retiraron, designó sustitutos que previsiblemente iban a apoyar la visión que tenía el *New Deal* del gobierno nacional intervencionista. Aunque el número de senadores republicanos siguió aumentando y pasó de veintitrés a veintiocho después de las elecciones de 1940, todos los nombramientos transformativos del Presidente fueron confirmados sin un solo voto en contra: el liberal Stone sustituyó al juez Hughes, el liberal Jackson a Stone, el liberal Wile Rutledge al Byrnes que había sustituido al conservador McReynolds.

El efecto «subirse al tren» revisitado

Yo saco tres lecciones de esta historia. En primer lugar, el significado constitucional de la transformación del Tribunal Supremo no era ningún secreto para los estadounidenses ordinarios. En segundo lugar, si los Republicanos querían convertirla en un gran tema, habrían elegido a un candidato como Robert A. Taft en vez de a Willkie para levantar el estandarte del conservadurismo al viejo estilo. Finalmente, no dieron este paso porque sabían que el país no tenía tendencia a librar de nuevo las batallas constitucionales de la década de 1930. La convención del Partido Republicano de 1940 comprendió perfectamente que el país estaba *orgulloso* de la forma en que había capeado los temporales que habían destruido a tantas democracias en Europa; y que no tendría paciencia con un partido que prometía luchar hasta el final por unas causas constitucionales perdidas.

Estas conclusiones pueden parecer tan obvias como para no necesitar un par de elecciones para establecerlas, pero esta conclusión es un error. No estoy interesado en lo que puedan decir un politólogo o un experto periodista acerca de la evolución de la opinión pública a finales de la década de 1930. Estoy interesado en la forma en que los propios estadounidenses llevaron a cabo un diálogo político que finalmente llevó a la meditada conclusión de que *el Pueblo había hablado*. Desde este punto de vista, las elecciones de 1938 y 1940 obligaron a la oposición conservadora al momento de la verdad: ahora que se habían batido en retirada ante el asalto frontal del Presidente a la independencia formal del Tribunal, ¿seguirían cuestionando su afirmación de que el Pueblo le había dado un mandato para constitucionalizar los principios de la democracia del *New Deal*?

Puede que la respuesta republicana fuese reticente, pero su actuación en el Senado y en las campañas estuvo perfectamente clara: había llegado el momento de subirse al tren institucional, reconocer que el Pueblo había refrendado realmente el gobierno nacional intervencionista, y definir una nueva estrategia opositora capaz de reunir un apoyo mayoritario en el nuevo consenso constitucional.

Dictámenes transformativos

Podemos ahora mirar hacia atrás, a la pauta de evolución de los acontecimientos, y buscar su auténtico significado constitucional:

> Elecciones desencadenantes de 1936 → Amenaza no convencional del Presidente → Cambio a tiempo → Nombramientos transformativos → Elecciones consolidadoras de 1938 → Nombramientos transformativos → Elecciones consolidadoras de 1940 → Nombramientos transformativos → Actos finales de consolidación judicial.

Hemos estado considerando este patrón desde el punto de vista de los ciudadanos estadounidenses ordinarios, personas que no han sufrido los rigores de recibir una educación legal profesional. Desde esta perspectiva, el efecto «subirse al tren» había generado un claro significado por las elecciones consolidadoras de 1940. En ese momento estuvo claro para los estadounidenses corrientes que los tipos de Washington habían captado finalmente el mensaje: Nosotros, el Pueblo hemos refrendado la visión del *New Deal* del gobierno intervencionista.

Cambio ahora de perspectiva y considero cómo integró este mensaje la comunidad legal en el orden constitucional emergente. Tras liquidar las enmiendas a través del Artículo Cinco, el Tribunal colmó el vacío que ello había creado con una serie de dictámenes históricos. Dado que estos textos han configurado decisivamente el derecho de la República Moderna, su formulación merece una meticulosa atención.

Del derecho común a la solución constitucional

Para gestionar su revolución doctrinal, el Tribunal aprovechó de lleno el carácter desarticulado de la forma de razonar del derecho común. Los especialistas en derecho común se enorgullecen tradicionalmente del tratamiento escéptico que hacen de los dictámenes judiciales. Sea lo que fuere que diga el Tribunal, les impresiona más lo que hace. Durante siglos han cultivado el arte de distinguir las «*consideraciones jurídicas*» [*dictum*] concluyentes de su «*núcleo normativo*» [*holding*], siendo este último el conjunto

de proposiciones legales estrictamente necesarias para decidir el caso objeto de discusión ante los tribunales. Si bien los jueces posteriores tienen la libertad de abandonar aquellas *consideraciones jurídicas* [*dicta*] que no les parezcan convincentes, el principio del *stare decisis* les exige tomarse más en serio el alcance de los *núcleos normativos* [*holdings*] anteriores.

En circunstancias normales, la distinción entre las *consideraciones jurídicas* y los *núcleos normativos* funciona como un freno a la innovación judicial. Si bien un tribunal puede hacer proclamas revolucionarias mediante sus dictámenes, el siguiente tribunal puede desecharlas como *consideraciones jurídicas* y rebajar la importancia del juicio de sus predecesores. Pero en el contexto de una revolución constitucional, esta disyuntiva opera de un modo muy diferente. Durante las primeras fases de la revolución, las *consideraciones jurídicas* del Tribunal pueden producir en el lector ingenuo una impresión de continuidad doctrinal sustancial. El único problema es que se abre un verdadero abismo entre estas *consideraciones jurídicas* cuasi tradicionales y las decisiones concretas que se toman, dejando claro para los expertos en derecho común que algunas nuevas propuestas de ley, no expresadas en los dictámenes, hacen buena parte del trabajo real.

Este desequilibrio entre *núcleos normativos* revolucionarios y *consideraciones jurídicas* tradicionales crean una presión cultural para una segunda fase de redacción de dictámenes en la que un Tribunal transformado elabora nuevas doctrinas canónicas que explican de algún modo sus primeros *núcleos normativos* revolucionarios.

Este proceso en dos fases permitió a los jueces satisfacer a dos audiencias diferentes mientras el Tribunal trataba de salir de la crisis constitucional. Fundamentalmente, el Tribunal tenía que asegurar al Presidente, al Congreso y al público en general que había interrumpido su asalto al *New Deal*. Pero en 1937 los jueces también tenían que satisfacer a una segunda audiencia muy importante, formada por dos personas: Hughes y Roberts, que tuvieron que ser convencidos de seguir colaborando con Brandeis, Cardozo y Stone en su apoyo al constitucionalismo del *New Deal*

Estas dos audiencias tenían intereses diferentes. El público en general estaba básicamente interesado en lo primordial: ¿iba el Tribunal a ratificar la *Labor Act*, la *Social Security Act* y el resto de leyes intervencionistas? Para decirlo en lenguaje legalista, la opinión pública estaba sobre todo interesada en los *núcleos normativos* del Tribunal.

Los jueces que habían cambiado de postura estaban particularmente interesados en las *consideraciones jurídicas*. Les preocupaba el carácter de principio de su propia actuación. Dado que interpretaban la Constitución de un modo relativamente tradicional, consideraban más fácil respaldar el cambio si los dictámenes producían una apariencia de continuidad

doctrinal. De ahí que tomaran el camino que ofrecía menos resistencia: *consideraciones jurídicas* tradicionales, *núcleos normativos* revolucionarios.

Era un camino, además, que encajaba muy bien con la dinámica más general de legitimación constitucional que he descrito. Como hemos visto, el Partido Republicano todavía cuestionó la legitimidad constitucional del *New Deal* en las elecciones de 1938 y de 1940. Solo después de que Roosevelt derrotase a Willkie se hizo obvio que nuevas llamadas al Pueblo para invertir la revolución judicial serían totalmente infructuosas.

Y fue precisamente entonces cuando el Tribunal del *New Deal* alcanzó una segunda fase final en el proceso de consolidación constitucional. En los dictámenes históricos formulados durante el tercer mandato de Roosevelt, un Tribunal transformado ya no se conformaba con conjuntar, a la manera de 1937, los *núcleos normativos* revolucionarios con las *consideraciones jurídicas* constitucionales tradicionales. Quería nada menos que un rechazo radical de las viejas enseñanzas constitucionales y un nuevo equilibrio entre teoría y práctica, entre *consideraciones jurídicas* y *núcleos normativos*. Los dictámenes transformativos del Tribunal de comienzos de la década de 1940 habían sido el equivalente funcional de enmiendas efectuadas a través del Artículo Cinco al establecer una serie de puntos fijos para el razonamiento legal durante la siguiente era.

Supongamos, sin embargo, que Willkie hubiese ganado las elecciones de 1940. En ese caso, los jueces de la década de 1940 podrían haber resuelto la tensión generada por la combinación de *consideraciones jurídicas* tradicionalistas y *núcleos normativos* revolucionarios de una forma diferente. En vez de proclamar nuevos principios de autoridad para legitimar los *núcleos normativos* revolucionarios, podrían haber reafirmado las *consideraciones jurídicas* tradicionales y repudiado algunos de los *núcleos normativos* revolucionarios de 1937. No había nada inevitable en el movimiento del Tribunal del *New Deal* desde la fase uno a la fase dos. La dinámica de este movimiento podría verse como parte de una historia más amplia de creación constitucional producida por la continuidad de unos actos de liderazgo presidencial que habían conseguido la aprobación del Senado para una serie de nombramientos transformativos.

Esta concepción en dos fases contrasta con el relato estándar presentado por unos estudiosos subyugados por el mito del redescubrimiento. Para ellos, la resistencia del Viejo Tribunal era una pérdida de tiempo, una lamentable comedia de errores. Para minimizar el daño, muchos de ellos subestiman la amplitud de las equivocaciones judiciales. Adoptando un marco apologético, describen la lucha del Viejo Tribunal como una aberración pasajera concentrada principalmente en los años malos de 1935 y

1936[25]. Los apologistas reconocen que los jueces cometieron errores garrafales durante un tiempo, pero apenas pueden disimular la impaciencia que les produce la torpeza del Tribunal. En cuanto pudieron poner fin decentemente a su drama, sacaron al Tribual del desierto para llevarlo a la tierra prometida de 1937. Cuando los jueces redescubrieron «la verdad» ese año, pusieron el punto final a esta historia. Los nombramientos posteriores de Roosevelt no hicieron nada importante. En palabras de David Currie, solo «pusieron la guinda en el pastel, porque el cambio esencial se había producido antes de los nuevos nombramientos»[26].

Pero ¿tiene razón Currie?[27].

Fase uno

En un artículo publicado el 13 de enero de 1937 en *New Republic*, el profesor de Harvard Thomas Reed Powell consideraba «casi seguro que la aplicación de la *National Labor Relations Act* a las empresas industriales sería rechazada por seis votos, y posiblemente por nueve». Powell, probablemente el más destacado observador del Tribunal de aquel entonces, era especialmente conocido por su realismo político, y sin embargo suponía que el Tribunal se había atado de pies y manos debido a las decisiones que había tomado recientemente: la *National Labor Relations Act* estaba condenada. Tres meses más tarde, el juez Hughes consiguió confirmar la ley por una mayoría de cinco votos, pero ¿invalidó de este modo las decisiones que Powell consideraba como un obstáculo tan insuperable?

No. Repetidamente y con ostentación hizo hincapié en su fidelidad a la distinción que se hace en *Schechter* «entre lo que es nacional y lo que es local» y la proclamaba «vital para el mantenimiento de nuestro sistema federal»[28]. Su dictamen en *NLRB v. Jones & Laughlin Steel* exigía la aplicación empíricamente sensata de las ideas tradicionales. Al fin y al cabo, ¿no era ridículo tratar a una gran empresa siderúrgica del mismo modo que a un matadero avícola como Schechter? Teniendo en cuenta las «amplísimas actividades» de la gigantesca empresa, Hughes se negaba a «cerrar los ojos» a las consecuencias «obvias» y potencialmente «catastróficas» de una huelga en el comercio interestatal. Teniendo en cuenta estos hechos, los

---

[25] R. D. Friedman, «Switching Time and Other Thought Experiments», cit., proporciona un destacado ejemplo reciente de este énfasis.

[26] David Currie, *The Constitution in the Supreme Court: The Second Century*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, p. 206.

[27] Este es un punto de coincidencia importante con la interpretación que hace Barry Cushman de unos hechos similares en «A Stream of Legal Consciousness», *Fordham Law Review*, vol. 61, 1992, pp. 105, 156-160, que comparte mi escepticismo y también hace hincapié en el papel del cambio de paradigma en los dictámenes de comienzos de la década de 1940.

[28] *NLRB v Jones & Laughlin Steel Corp*, 301 U.S., 1937, p. 1, 30.

casos anteriores del Tribunal «no controlan las cosas aquí»[29]. ¿Qué podía ser más sensato?

Dado que Hughes había votado a favor de decisiones anteriores en las que se distinguía lo «directo» de lo «indirecto», su compromiso con la intervención federal limitada parecía enteramente creíble. De hecho, su dictamen se negaba explícitamente a dar un visto bueno incondicional a la *National Labor Relations Act*, y la reivindicaba exclusivamente en su aplicación a grandes empresas como Jones & Laughlin. En apariencia, su dictamen no parecía ser nada revolucionario.

Hasta que pasamos a un caso parecido del mismo volumen relativo a la Friedman-Harry Marks Clothing Co.[30]. Esta empresa se parece mucho más a Schechter, y en 1932 vendió prendas de ropa por un total de 800.000 dólares y por más de 2 millones de dólares en 1933. Y sin embargo, Hughes ni siquiera se digna mencionar este punto, pese a su obviedad, y defiende la ley «por los motivos citados en nuestro dictamen en *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*»[31]. ¡Fin del dictamen! ¿A quién estaba tratando de engañar Hughes?

Ciertamente, no al juez McReynolds, que hablaba en nombre de cuatro discrepantes. «La empresa de confección es la típica pequeña empresa manufacturera que produce menos del cero coma cinco por ciento de las prendas de ropa masculinas que se fabrican en Estados Unidos, y que emplea a unos 800 de los 150.000 trabajadores del sector. Si hoy cerrase, el efecto final en la industria de la confección sería obviamente inapreciable»[32]. Confrontado con esta discrepancia, el silencio de Hughes acerca del caso *Schechter* es ensordecedor. La decisión de cinco contra cuatro tomada en el caso *Friedman-Harry Marks* pone de manifiesto el clásico desequilibrio de la fase uno entre *consideraciones jurídicas* y *núcleos normativos*. El Tribunal utiliza el lenguaje de la continuidad y los *núcleos normativos* apuntan claramente a una ruptura. Una disyuntiva similar es perceptible en otra decisión crucial a favor de la *Social Security Act*[33].

Un tercer gran caso implicaba a los estados, no al gobierno federal: *West Coast Hotel v. Parrish*[34] confirmaba las leyes estatales que establecían un salario mínimo y un horario laboral máximo para mujeres y menores de edad. Los relatos estándar del momento están muy influidos por el

---

[29] *Ibid.*, p. 40.

[30] *NLRB v. Friedman-Harry Marks Clothing Co.*, 301 U.S., 1937, p. 58.

[31] *Ibid.*, p. 75.

[32] *Ibid.*, p. 87.

[33] Véase, por ejemplo, el esfuerzo de Cardozo para distinguir, en vez de invalidar, la decisión de la mayoría en *United States v. Butler*, tomada un año antes en *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S., 1937, pp. 548, 591-593, y su favorable cita, *ibid.*, p. 598, de otro caso destinado al vertedero, *Carter v. Carter Coal Co.*

[34] *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S., 1937, p. 379.

melodrama que se vivía. *Parrish* fue la primera gran decisión en anunciarse en primavera. Solo dos meses posterior al plan de ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo ideado por Roosevelt, ponía de manifiesto el cambio de opinión del juez Roberts sobre el tema. Solo unos meses antes se había unido a los cuatro magistrados conservadores para revocar una ley muy similar sobre la autoridad del dictamen de 1923 del juez Sutherland en *Adkins v. Children's Hospital*. Ahora Roberts se unía a Hughes y a tres magistrados liberales para defender la ley sin redactar un dictamen explicando su repentino cambio. En consecuencia, sus motivaciones han estado sujetas a una interminable polémica, con los realistas convirtiendo este cambio en un símbolo de la potencia de la amenaza no convencional del Presidente, y los legalistas defendiendo a Roberts frente a la contaminación de la jurisprudencia política.

Pero todo este debate procede con una opinión exagerada de la importancia del caso. Si Roberts fue fundamental no fue por su voto en *Parrish*, sino por el apoyo consistente que dio a unas leyes intervencionistas contrarias a los principios que previamente había proclamado. Si se hubiese inclinado por el lado conservador en casos posteriores, la decisión en *Parrish* habría sido insuficiente para desactivar la crisis[35]. Además, en este caso la opinión es un producto típico de la fase uno, que fácilmente podría haberse invertido en años posteriores de no ser por el éxito de la subsiguiente estrategia de los nombramientos transformativos del Presidente.

Al fin y al cabo, el Tribunal que dictaminó el caso *Lochner* había confirmado la ley sobre una jornada laboral máxima para las mujeres solo tres años después de tumbar una para los hombres, considerando que «la estructura física de la mujer y el desempeño de las funciones maternales la colocan en desventaja en la lucha por la subsistencia»[36]. Esta decisión de

---

[35] Si hay un caso que por sí solo es fundamental, es *Jones &. Laughlin*, no *Parrish*. Si el juez Roberts se hubiese unido a los cuatro magistrados conservadores revocando la ley, los jueces habrían privado al *New Deal* de su única solución creativa a la proliferación de huelgas, que estaban precipitando una guerra de clases total en el centro industrial del país. Véase U.S. Bureau of Labor Statistics, «Industrial Disputes», *Monthly Labor Review*, vol. 44, 1937, p. 1211 (donde se documenta un espectacular aumento de la actividad huelguística entre 1936 y 1937, y afirma que «hubo más huelgas en marzo de 1937 que en ningún otro mes de los veinte años anteriores»). No tiene nada de extraño, pues, que la decisión de la mayoría en *Parrish* no tuviese un impacto mensurable en las encuestas Gallup, y que, en cambio, su subsiguiente dictamen en *Jones & Laughlin* provocase una caída sustancial e inmediata de apoyo popular para la iniciativa de ampliación del Tribunal Supremo propuesta por el Presidente, G. Caldeira, «Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan», cit., pp. 1147-1148. Fuese cual fuese la motivación del voto de Roberts en *Parrish*, nadie puede negar que tanto Hughes como Roberts decidieron respaldar la *Wagner Act* en *Jones & Laughlin* con pleno conocimiento de la amenaza de Roosevelt y pese a la flagrante inconsistencia de sus votos con sus dictámenes previos en *Carter v. Carter Coal Co*., 298 U.S., 1936, pp. 278, 316. Véase P. H. Irons, *The New Deal Lawyers*, cit., p. 283 (la discusión oral en el Tribunal Supremo sobre la *Wagner Act* empezó cuatro días más tarde del anuncio por parte de Roosevelt de la ampliación del Tribunal).

[36] *Muller v. Oregón*, 208 U.S., 1908, pp. 412, 421.

1908 fue invalidada en 1923 por cinco votos contra tres en *Adkins*. Ahora que *Parrish* invalidaba a *Adkins* con la ayuda de Roberts, esto difícilmente significaba que se hubiese apuntado a una revolución legal.

Al contrario, el dictamen de Hughes citaba *Lochner* con aprobación[37], aceptaba la idea de que la Cláusula del Proceso Debido contenía el principio de libertad de contrato, y revisaba pacientemente los casos que limitaban este principio *lochneriano* básico. Tras llevar a cabo un prolongado análisis jurídico, concluía que el juicio del Tribunal en 1908 era más sensato que en 1923: el interés por la salud del sexo débil justificaba una medida especial de protección contra «la ambición de unos empresarios poco escrupulosos».

Hasta aquí, el dictamen de Hughes era muy parecido a uno redactado por el juez Roberts en 1934 para una mayoría de seis votos en *Nebbia v. New York*. En ese caso, Roberts había defendido el precio mínimo de la leche en Nueva York después de que un examen de la economía le había convencido de que «tenía una relación razonable con un propósito legislativo adecuado, y no era ni arbitrario ni discriminatorio»[38]. De este modo Roberts reescribía el equilibrio de la doctrina preexistente, pero no le daba completamente la vuelta a su estructura. De hecho, cuando él y Hughes revisaron el mismo plan de comercialización de la leche en Nueva York en 1936, revocaron otra de sus estipulaciones como una violación «arbitraria» de la libertad económica protegida por la Decimocuarta Enmienda[39].

---

[37] *Parrish*, 300 U.S., 379, 392, nota 1.

[38] *Nebbia v. New York*, 291 U.S., 1934, pp. 502, 537. Autores legalistas recientes tienden a presentar *Nebbia* como una decisión revolucionaria en su intento de disminuir el significado de la transformación doctrinal posterior a 1937. Véase, por ejemplo, R. D. Friedman, «Switching Time and Other Thought Experiments», cit., pp. 1919-22; B. Cushman, «A Stream of Legal Consciousness», cit., pp. 127-131.

[39] Véase *Mayflower Farms Inc. v. Ten Eyck*, 297 U.S., 1936, p. 266, donde Roberts redactó un dictamen del Tribunal que es claramente inconsistente con los principios proclamados dos años más tarde en *Carolene Products*. Véase *infra*, pp. 432-433. Uniéndose a la mayoría de *Mayflower*, Roberts y Hughes dejaron muy claro que seguían respaldando la misión histórica del Tribunal de proteger agresivamente la libertad de mercado de acuerdo con la Decimocuarta Enmienda. No estoy diciendo que *Mayflower* fuese totalmente inconsistente con *Nebbia*. Este último caso protegía el derecho a crear una empresa mientras que la retirada de *Nebbia* afectaba a la regulación de precios. En consecuencia, el Tribunal podía racionalizar ambos casos o utilizar cualquiera de ellos como palanca para la subsiguiente reconsideración del otro. Solo después del cambio de 1937 quedó claro que *Nebbia*, y no *Mayflower*, sería el que prosperaría en años subsiguientes.

Esto significa que los estudiosos legalistas, véase nota 38, eluden el problema cuando utilizan *Nebbia* para menospreciar la importancia de 1937. Según su punto de vista, *Nebbia* ya había debilitado procesos debidos sustantivos en 1934, y por ello resulta melodramático centrarse en 1937 como el momento crucial de la liquidación del constitucionalismo del *laissez faire*. Pero esta interpretación de *Nebbia* presupone la importancia de 1937. Sin el cambio a tiempo, *Nebbia*, y no *Mayflower*, habría sido el caso con la vida media más breve. En suma, los propios legalistas presuponen la decisiva importancia de 1937, incluso cuando utilizan *Nebbia* para menospreciarlo.

Empleando un tópico útil, es posible interpretar *Parrish* como una de las numerosas *correcciones a mediados de curso* que introduce todo sistema sano en la elaboración de principios constitucionales fundamentales. En vez de cuestionar tales principios, un proceso de recalibración judicial da fe de su vitalidad. Pero Hughes concluyó *Parrish* con una nota discordante:

> Hay una consideración adicional y de peso que la experiencia económica reciente ha puesto claramente de manifiesto. La explotación de una clase obrera que está en una posición de desigualdad respecto a poder negociador y que está por lo tanto relativamente indefensa ante la denegación de un salario digno no es solamente perjudicial para su salud y bienestar, sino que representa una carga directa para la comunidad. Lo que estos trabajadores pierden en salario están obligados a pagarlo los contribuyentes. El coste de la vida hay que pagarlo. Hemos de prestar atención judicial a las demandas sin precedentes de ayuda que se produjeron durante la reciente depresión y que todavía se siguen produciendo a un ritmo alarmante [...]. La comunidad no está obligada a proporcionar lo que de hecho constituye un subsidio a unos patronos sin escrúpulos. La comunidad ha de centrar su poder legislativo en la corrección del abuso derivado de un desprecio egoísta del interés público[40].

Estas palabras abren una nueva perspectiva constitucional. Al juez Rufus Peckham, el autor de *Lochner*, le habría horrorizado la afirmación de que la comunidad proporciona un «subsidio» a los patronos cuando les permite pagar precios de mercado a sus trabajadores. Si bien reconocía que los salarios eran muy bajos, negaba que los patronos fuesen «personas sin escrúpulos» por utilizar los precios de mercado como referencia. Para Peckham, ni el patrono ni la comunidad debían un salario digno a sus trabajadores. Cada individuo tenía que valerse por sí mismo, y las organizaciones benéficas ya se ocuparían de quienes no pudieran hacerlo.

Dentro de esta visión *lochneriana*, el mercado operaba como la línea base prepolítica que establecía los derechos básicos. Era *solo* el Estado el que podía proporcionar «subsidios» no constitucionales cuando promulgaba «una legislación de clase» que vaciaba los bolsillos de un grupo solo para mejorar el bienestar de otro. Era precisamente esta opción por la redistribución sin sentido lo que censuraba *Lochner*[41].

El punto de vista favorable al Estado del bienestar de Hughes sitúa el problema del salario mínimo en otro contexto. La comunidad política debe a cada ciudadano un derecho mínimo: «el coste de la vida hay que pagarlo». Si no lo hace el patrón, lo harán los contribuyentes. En este

---

[40] *Parrish*, 300 U.S. 379, 399-400.

[41] Véase H. Gilman, The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence, cit., caps. 2-4.

marco, el sistema de mercado pierde su estatus constitucionalmente privilegiado como línea base. Si el mercado no logra dispensar a la comunidad de la obligación de proporcionar un «salario digno», la comunidad puede considerar constitucionalmente que es el patrono, y no el trabajador, el que no está cumpliendo sus obligaciones sociales.

Esto representa efectivamente una inversión revolucionaria de la línea base constitucional, una inversión que ha marcado profundamente el curso de la jurisprudencia posterior al *New Deal*[42]. Pero *Parrish* introduce esta reforma cautelosamente: constituye una «consideración adicional y de peso» que complementa, pero no desplaza, el clásico análisis *lochneriano* con el que se relaciona en gran parte el dictamen de Hughes. Si esta hubiera sido la concepción del Tribunal en 1938, habría estado perfectamente dentro del marco del derecho común declarar que la postura ideológica de Hughes no era tan «de peso» como imaginaba, y que era mucho más sensato recuperar la gran tradición *lochneriana* de la reivindicación (contextualmente sensata) de la libertad de mercado.

De todos modos, y dada la notable conclusión a la que había llegado Hughes, sería erróneo considerar a *Parrish* como un ejemplo normal y corriente de una corrección a mediados de curso; mejor considerarla como un incierto heraldo de la reforma revolucionaria.

¿Un punto de inflexión?

Este breve recorrido por los casos más destacados de 1937 ha puesto de manifiesto una rica variedad de correcciones a mediados de curso, proclamas inciertas y decretos arbitrarios; dicho de otro modo, nada extraordinario. Cualquier jurista puede atestiguar que el Tribunal Supremo llena sus *United States Reports* con una abundancia de informes parecidos *cada* año. ¿Estábamos equivocados, pues, al destacar a 1937 como un legendario *anno mirabilis* en la vida de la Constitución?

No. Pero hemos de reconsiderar las bases de la singularidad de 1937. Su carácter especial se pone de manifiesto solamente yuxtaponiéndolo a la producción judicial de 1936 y 1938. Normalmente, cada año genera una rica y variada cosecha de casos judiciales, pero no hay una gran diferencia en las subsiguientes. Es más, normalmente es absurdo examinar la producción de un año en busca de un tema maestro. Diferentes casos impulsan a diferentes áreas de la ley en diferentes direcciones. Es posible que emerjan patrones que reconcilien impulsos antagónicos, pero se necesita mucho tiempo para entenderlos. Una corrección a mediados de curso del año uno

---

[42] Véase de C. Sunstein, «Lochner's Legacy», *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987, p. 873; y *The Partial Constitution*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1993.

puede provocar otra en el año cinco y otra en el año diez, y una generación más tarde toda un área de la ley puede resultar irreconocible. Muchas proclamas inciertas no son escuchadas y otras solo lo son una década o dos más tarde. La mayoría de *ipse dixits* desaparecen sin dejar rastro, y otros causan serios intentos de elaborar principios legales que redimen las intuiciones expresadas por las anomalías. Y así sucesivamente.

Por todos estos motivos, un solo año es normalmente demasiado corto para generar algo tan pretencioso como una «revolución judicial». Efectivamente, la idea misma de revolución es una noción extravagante que sirve generalmente para ocultar una realidad más evolutiva. En cualquier área doctrinal, los cambios significativos se producen normalmente tras una década o dos de pruebas y exploraciones; el terreno constitucional en su totalidad cambia lentamente a medida que los jueces modifican una cosa, luego otra, y luego otra y otra, y estos cambios interaccionan unos con otros sugiriendo nuevas estrategias argumentativas, principios legales característicos. La misma pretensión de transformar por entero el marco del pensamiento constitucional puede parecer a los entendidos algo totalmente ingenuo: ¡piénsese en el sinnúmero de consecuencias no buscadas que se siguen inevitablemente de estos actos de excesiva autoconfianza!

No tengo inconveniente en reconocer que esta afirmación expresa la mentalidad normal del desarrollo del derecho común, y de este modo proporciona una vara de medir para evaluar el carácter realmente distintivo de la década de 1930. A diferencia de lo que es normal en el derecho común, un año como 1936 o 1937 *no* exhibe las tendencias a la dispersión de las decisiones caso a caso. Los casos en áreas diferentes marchan al ritmo del *mismo* tambor. Pese a la diversidad de hechos y de doctrinas, los jueces se debaten claramente con la misma pregunta: ¿seguirán defendiendo la Constitución federalista y de libre mercado? Pese al desdén que muestra el derecho común por estas grandiosas abstracciones, los jueces –y todos los juristas– son perfectamente conscientes de que el marco mismo del pensamiento constitucional está en peligro. Además, la respuesta del Tribunal a las grandes preguntas cambió a una velocidad de vértigo: en 1936, la respuesta a la Constitución tradicional era «sí»; en 1937 era «no».

Por supuesto, el Tribunal de 1937 había expresado su «no» a la manera del derecho común. Si bien Roberts y Hughes votaron a menudo con los conservadores en 1936, votaron repentina y sistemáticamente con los liberales *durante todo el año* 1937, y no solo en los casos «importantes», sino en todos aquellos casos en los que se cuestionaba el poder federal. Teniendo en cuenta la sensibilidad del derecho común por un patrón sistemático de los *núcleos normativos*, los juristas no tuvieron ningún problema en detectar el tema subyacente: pese a las *consideraciones jurídicas* cuasi

tradicionalistas del Tribunal, los partidarios de la Constitución tradicional no estaban *siempre* en el bando perdedor.

Dado que los abogados están interesados en ganar los casos, no se toman este punto a la ligera. Cuando los jueces inauguraban el siguiente período del Tribunal, sus mensajes tenían un interés legal especial. ¿Empezaría la nueva mayoría judicial a exponer principios del constitucionalismo del *New Deal* que daría sentido a la rotundidad de su cambio de comportamiento?

Fase dos

Al final del año judicial de 1938, el presidente Roosevelt había obtenido la confirmación del Senado a sus dos primeros nombramientos transformativos, los de Black y Reed en sustitución de Van Devanter y Sutherland. En consecuencia, Hughes y Roberts ya no desempeñaban el mismo papel estratégico: Black, Reed, Brandeis, Cardozo y Stone podían formar una mayoría sin ellos. Naturalmente, ni Hughes ni Roberts se sentían particularmente inclinados a reconsiderar su histórica decisión de un año antes. Y los nuevos magistrados comprendieron que la autoridad constitucional de la visión intervencionista emergente se vería muy mejorada si moderados como Hughes y Roberts seguían a bordo del tren constitucional. De todos modos, la nueva matemática creaba un ambiente diferente, que alentaba a la mayoría emergente a ir más allá de las formulaciones casi tradicionales en apoyo de unos dictámenes genuinamente transformativos, unos textos que conferían un significado doctrinal afirmativo a la revolución constitucional en curso.

Dos de las decisiones tomadas en 1938 son sintomáticas. A diferencia de los casos más destacados del período anterior, *United States v. Carolene Products*[43] no implicaba una norma de gran importancia política. Mientras que la opinión pública en general estaba profundamente preocupada por la validez de las leyes sobre el trabajo y la seguridad social, apenas se daba cuenta o recordaba la existencia de otras leyes como la *Federal Filled Milk Act* [Ley Federal sobre la Leche Desnatada Reconstituida con Grasa Vegetal]. *Carolene* es importante por lo que decía, no por lo que hacía.

Desafiando a la ley, la compañía ofreció demostrar que la leche reconstituida que producía era totalmente segura, y que la prohibición federal era un recorte arbitrario de la libertad económica que el Tribunal había tradicionalmente protegido bajo la Cláusula del Proceso Debido. Por su importancia, esta no era una afirmación frívola[44]. Pero hablando en nombre del Tribunal, el juez Stone anunció un cambio fundamental en las reglas del juego. Negó

---

[43] *United States v. Carolene Products*, 304 U.S., 1938, p. 144.

[44] Geoffrey Miller, «The True Story of Carolene Products», *Supreme Court Review*, 1987, p. 397.

rotundamente que se pidiera regularmente a los jueces que llevasen a cabo una indagación contextualizada sobre la arbitrariedad de «una legislación reguladora que afectaba a las transacciones comerciales ordinarias». No solo «presumía» que los legisladores intervencionistas sabían lo que estaban haciendo, sino que consideraba dicha presunción prácticamente irrefutable. Se imponía a los críticos la imposible carga de aportar hechos que «excluyan la suposición de que [la ley] descansa sobre una base racional dentro del conocimiento y de la experiencia de los legisladores»[45]. Desde que se escribieron estas palabras, el Tribunal nunca ha vuelto a revocar una ley por arbitraria. La prueba de la «base racional» de *Carolene* se ha convertido en un elemento fijo en el moderno universo constitucional, un elemento no menos importante que fórmulas como la de la «protección igual» que derivan directamente del texto constitucional[46].

Las fórmulas operativas fijas desempeñan un papel crucial en el ámbito legal. Pruebas como la «base racional» operan situando zonas amplias de la política más allá del cuestionamiento legal, y por lo tanto permiten a los tribunales definir una agenda constitucional manejable. Pero para dar el siguiente paso en el desarrollo de un enfoque operativo, los tribunales necesitan algo más que fórmulas fijas: necesitan una jurisprudencia que marque de un modo general las líneas orientativas del posterior desarrollo legal. Dada la desaparición de los principios tradicionales del gobierno limitado y de la libertad económica, ¿qué principios alternativos podían desempeñar este rol?

También en este caso *Carolene* señaló el camino. Su famosa Nota a pie de página número 4 empezó llenando el hueco dejado por la desintegración de los principios tradicionales. En lugar de los derechos de los estados, la propiedad y el contrato, *Carolene* ofrecía una teoría de la democracia del *New Deal* como marco organizativo. Si bien los jueces tenían que ceder ante la asamblea legislativa en las disputas económicas ordinarias, se requería «un escrutinio judicial más riguroso» cuando el proceso democrático funcionaba incorrectamente, bien porque la mayoría negaba a la oposición derechos políticos fundamentales, o porque la legislación estaba motivada por prejuicios en contra de «minorías discretas e insulares». En este punto,

---

[45] *Carolene*, 304 U.S., pp. 144, 152.

[46] El criterio del juez Stone fue inicialmente redactado en un dictamen aprobado por solo cuatro de los siete magistrados que participaron en la decisión. Véase *Carolene*, 304 U.S., pp. 144, 155. Ni Cardozo, que estaba enfermo, ni el recién nombrado Reed participaron. Los dos conservadores restantes se desvincularon previsiblemente del dictamen de Stone, con McReynolds discrepando y Butler votando a favor pero alegando otros fundamenteos jurídicos. La verdadera sorpresa la dio Black, que se negó, sin explicitar sus motivos, a unirse a la sección crucial del dictamen de Stone. Si bien técnicamente cabe considerar el dictamen de Stone como un «distamen del tribunal», dado que habla en nombre de la mayoría de los magistrados, hoy es importante solamente porque la estrategia de Roosevelt de los nombramientos transformativos la acabó convirtiendo en la piedra angular de subsiguientes desarrollos doctrinales.

tales sugerencias eran poco más que globos sonda apropiados para llevar la discusión a las notas a pie de página. Se necesitarían años para que una mayoría emergente forcejease con sus implicaciones afirmativas en auténticos dictámenes del Tribunal[47].

Por el contrario, 1938 no fue demasiado pronto para un ataque consciente a los fundamentos jurisprudenciales del viejo orden. Sin advertir de ello a los partidos, la nueva mayoría transformó *Erie Railroad v. Tompkins* en el vehículo para un rechazo radical de las premisas del pensamiento *lochneriano*. Superficialmente, el caso era pura rutina: «Tompkins, un ciudadano de Pensilvania, resultó herido una noche oscura por un tren de carga de la Erie Railroad Company, mientras cruzaba un ceda el paso en el que tenía derecho de preferencia»[48], y acogiéndose al derecho común, demandó a la compañía ferroviaria por daños y perjuicios. Pero la cotidianidad del caso invitó al juez Brandeis a zambullirse en sus implicaciones filosóficas. Durante un siglo, desde el dictamen del juez Joseph Story en *Swift v. Tyson*, el Tribunal había resuelto tales disputas sobre la base de las disposiciones del derecho común relativas a la responsabilidad civil, los contratos y la propiedad. Por supuesto, los magistrados del Tribunal Supremo a veces consideraban que su interpretación del derecho común difería de las opiniones de los tribunales estatales, pero no consideraban este hecho excesivamente perturbador. Para ellos, el derecho común era bastante más importante que la decisión de un simple tribunal. Era la sabiduría colectiva del sistema judicial angloamericano desarrollándose en el tiempo; las disputas entre tribunales eran parte de una búsqueda común de las mejores respuestas. Dentro de este marco tradicional, las nociones de responsabilidad civil, contrato y propiedad del derecho común no eran resultado de la voluntad política, sino un producto de la razón judicial, y era evidente que el más alto tribunal del país tenía la obligación de hacer una contribución independiente a este esfuerzo más general.

Fuesen cuales fuesen los méritos jurisprudenciales de esta idea, una cosa estaba clara: no podría sobrevivir al triunfo del Estado regulador intervencionista. Para los críticos del *laissez-faire* del siglo XX, el derecho común era el problema, no la solución: su visión de la propiedad, el contrato y el responsabilidad civil había creado una falsa opinión de la libertad económica, ignorando las cuestiones de la injusticia distributiva, el poder monopolista y otros fallos del mercado que condenaban a millones de personas a la pobreza y la explotación. En vez de arrodillarse ante esta visión del derecho común, los defensores del *New Deal* trataron de crear un nuevo fundamento para la libertad económica mediante la política democrática y la reforma

---

[47] Véase mi *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., cap. 6, y mi «Liberating Abstraction», *The University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992, p. 317.

[48] *Erie Railroad v. Tompkins*, 304 U.S., 1938, pp. 64, 69.

legislativa. Desde esta perspectiva, el gran pecado de la era *lochneriana* fue el intento del Tribunal de constitucionalizar las categorías del derecho común, revocando reformas legislativas en nombre de sus propias definiciones judiciales de la propiedad, el contrato y la responsabilidad civil.

Ahora que el Tribunal del *New Deal* había visto la luz, se movió decisivamente para destruir los fundamentos de la jurisprudencia *lochneriana* desmitificando el derecho común. Aplicando su interpretación del derecho común a unos accidentes de ferrocarril rutinarios, una larga línea de Tribunales anteriores había dado por supuesto que estaban comprometidos en la búsqueda judicial de la razón correcta, pero ahora Brandeis ponía en evidencia que «derecho común» no era más que otro nombre para el ejercicio de la mera voluntad política. Con este giro jurisprudencial, *Tompkins* planteaba una nueva cuestión: ¿qué era lo que daba a nueve magistrados de Washington el derecho a imponer su voluntad respecto a estos accidentes de ferrocarril y a desestimar la ley contraria promulgada por la asamblea legislativa y por los tribunales de Pensilvania?

La respuesta de Brandeis fue muy clara: nada en absoluto. A menos que el Congreso legisle sobre el problema de los accidentes de ferrocarril, el Tribunal no tenía por qué inmiscuirse en el proceso de la toma de decisiones de los estados en nombre del «derecho común»:

> La falacia [de la doctrina existente] [...] la expone muy bien el juez Holmes. La doctrina se basa en la suposición de que hay «un cuerpo legal trascendental al margen de cualquier Estado en particular, pero obligatorio para él a menos y hasta que sea modificado por ley»; que los tribunales federales tienen la potestad de emitir su juicio respecto a cuáles son las normas del derecho común; y que ante los tribunales federales «las partes están autorizadas a seguir un juicio independiente sobre cuestiones de derecho general»:
>
> Pero la ley en el sentido en el que hoy hablan de ella los tribunales no existe sin que haya una autoridad definida que la respalde. El derecho común [...] no es el derecho común en general, sino la ley de un Estado que existe en virtud de la autoridad de dicho Estado independientemente de cómo pueda haber sido en Inglaterra o en cualquier otra parte [...].
>
> Así, pues, la doctrina de *Swift v. Tyson* afirma, como sostenía el juez Holmes, «una asunción inconstitucional de poderes por parte de los tribunales de Estados Unidos que ningún lapso de tiempo ni ninguna serie de opiniones, por muy respetables que sean, deben hacernos dudar de la necesidad de corregirlos»[49].

---

[49] *Ibid.*, p. 79.

Estas observaciones se interpretan a veces como si fuesen una lectura profesional que expresase un consenso jurisprudencial emergente acerca de la naturaleza de la ley[50]. Pero la naturaleza del derecho constitucional es un asunto esencialmente debatible; tanto en 1938 como hoy es posible encontrar portavoces profundos tanto del lado racionalista como del lado voluntarista del debate[51]. La opinión de Brandeis es importante no porque aporte nuevos argumentos filosóficos, sino porque sitúa con autoridad al Tribunal a un lado diferente de la barricada jurisprudencial. A partir de ese momento, para el Tribunal sería *inconstitucional* permitirse fantasías racionalistas acerca de los conceptos del derecho común relativos a la propiedad, el contrato o la responsabilidad civil; estos marcos del derecho común eran meros expedientes judiciales que podían ser revisados a voluntad por las asambleas legislativas democráticas. Este *núcleo normativo* hacía aún más apremiante la sugerencia de una indagación hecha en la Nota a pie de página número 4 de *Carolene*. Si para el Tribunal resultaba inconstitucional seguir unos presupuestos *lochnerianos* acerca del derecho común, ¿cuáles *eran* los fundamentos legítimos de la revisión judicial en la era del *New Deal*?

Erie guardaba silencio respecto a esta cuestión crucial: estaba más resuelto a destruir el viejo mundo jurisprudencial que a definir el nuevo. Pero si se profundiza un poco más, hay dos elementos en el dictamen de Brandeis que eran más constructivos. El primero era su notable resucitación del federalismo: justo en el momento en que el Tribunal del *New Deal* estaba destruyendo la vieja noción de que el Congreso tenía poderes limitados sobre la economía, Brandeis estaba creando un nuevo –aunque más modesto– papel constitucional para los derechos de los estados en los tribunales. A menos que el Congreso interviniese con una ley, los jueces federales tenían que tratar nuevamente con deferencia los juicios de los tribunales estatales basados en el derecho común[52]. Con el tiempo, esta visión brandeisiana generaría un cuerpo elaborado de tradición constitucional de un gran interés profesional, aunque de importancia secundaria para el público en general[53].

Erie también suministraba herramientas metodológicas para la construcción de nuevos fundamentos constitucionales. Inauguraba un notable acto de transvaluación. Normalmente, abogados y jueces están cualificados

---

[50] Véase, por ejemplo, L. Lessig, «Understanding Changed Readings», *Standford Law Review*, vol. 48, núm. 395, pp. 395, 426-432.

[51] Compárese lo que dice Ernest Weinrib en *The Idea of Private Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1995, con lo que dice Roberto Unger en *What Should Legal Analysis Become?*, Londres, Verso,1996.

[52] Véase Henry Friendly, «In Praise of Erie –and of the New Federal Common Law», *New York University Law Review*, vol. 39, 1964, p. 383, donde se sugiere que el positivismo de *Erie* daba libertad a los tribunales federales, y también a los estatales, para crear un nuevo «derecho común».

[53] Véase Paul Bator *et al*., *Hart & Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, Mineola (NY), The Foundation Press Inc., 1973 (3ª ed., 1988).

para seguir los dictámenes mayoritarios y para contemplar con escepticismo los argumentos basados exclusivamente en los disensos. Pero en el caso de *Erie* el Tribunal empezó a promover una orientación muy diferente: los disensos de Holmes fueron canonizados, mientras que las solemnes decisiones de la mayoría anteriores a 1937 fueron demonizadas como monstruosidades jurisprudenciales.

Esta notable transvaluación desempeñaría un papel central en las fases finales de la consolidación, pero en 1938 era todavía demasiado pronto para hacer predicciones seguras sobre el futuro. Por un lado, el dictamen de Brandeis obtuvo la aprobación expresa de solo cinco miembros del Tribunal, e incluso un partidario del *New Deal* como Reed negó la necesidad de alcanzar un fundamento constitucional tan elevado; por otro lado, *Erie* era solo un caso, aunque importante, y podía haber resultado ser un mutante en la evolución legal. Si bien el Tribunal del *New Deal* había dado un salto adelante durante el mandato de 1938, la consolidación judicial podría haber sido revertida por el resultado de las elecciones de 1940.

Pero la mayoría de los estadounidenses no se sentían inclinados a repensar el *New Deal*. Ni siquiera estaban dispuestos a elegir a alguien que declaraba ser un «demócrata liberal» como Wendell Willkie, pese a su poderosa invocación del tabú constitucional en contra de un tercer mandato presidencial. En consecuencia, Roosevelt pudo continuar con su estrategia de nombramientos transformativos, permitiendo al Tribunal llevar el proceso a su fase final.

El 3 de febrero de 1941 se alcanzó un hito cuando el Tribunal dictó sentencia en el caso *United States v. Darby*. Este caso tenía que ver con la *Fair Labor Standards Act* de 1938, que consideraba un delito despachar mercancías en el comercio interestatal que hubiesen sido manufacturadas o bien por menores o bien por trabajadores que no cobrasen el salario mínimo nacional.

Darby confirmó la ley, pero en 1941 esto era totalmente previsible. Lo realmente notable fue el dictamen del Tribunal. Fue unánime. Tres días antes, el último de los juristas *lochnerianos*, James Clark McReynolds, se había jubilado[54]; en consecuencia, cuando un abogado consultase *Darby* no podría encontrar *ningún* indicio de que los principios *lochnerianos* elaborados durante dos generaciones judiciales enteras se estuviesen tomando todavía en serio.

La importancia de esta unanimidad no puede subestimarse. Incluso cuando uno o dos jueces se disponen a elaborar una tradición doctrinal, los viejos principios siguen siendo una parte vital de la constitución en vigor.

[54] Retirement of Mr. Justice McReynolds, 312 U.S., v. 1941.

No solo una corriente constante de dictámenes discrepantes constituye un testimonio de la continua relevancia de la tradición, sino que los abogados en ejercicio seguirán estudiándolos concienzudamente, aunque solo sea porque los discrepantes también votan y esto tiene una evidente influencia cuando se producen divisiones en las filas de la mayoría. A largo plazo, los discrepantes pueden tener un impacto mayor. Sus críticas pueden influir sutilmente en las opiniones expresadas por la mayoría dominante. No menos importante es el hecho de que constituyen un recurso inestimable si llega al cargo un nuevo Presidente receptivo a los valores constitucionales en los que pone el énfasis la tradición discrepante. Si consigue convencer al Senado para que apoye sus nombramientos para el Tribunal Supremo, los nuevos nombramientos pueden reforzar la tradición del discurso constitucional que ya contenga una crítica familiar y elaborada de la doctrina imperante. Mediante un proceso gradual de reinterpretación evolutiva, la doctrina discrepante empezará a configurar cada vez más la senda del derecho.

Pero una vez que McReynolds abandonó el campo, los empresarios y empresarias de talante práctico ya no tuvieron motivos para aprender o para recordar la intrincada doctrina constitucional creada por los jueces de la República Media, especialmente cuando consideraban el carácter unánime de la opinión del Tribunal. El texto del juez Stone fortalecía las tendencias ya perceptibles en 1938. En lo que atañe a las declaraciones doctrinales, *Darby* era aún más categórico que *Carolene* en su radical afirmación de la autoridad reguladora nacional. Por lo que respecta a los poderes reservados a los estados, el juez Stone anunciaba que la Décima Enmienda «no hace más que constatar un lugar común según el cual solo se conserva aquello a lo que no se renuncia. No hay nada en la historia de su adopción que sugiera que no es puramente declaratoria [...]»[55]. Stone dedicaba un solo párrafo a desestimar la noción de que la Cláusula del Proceso Debido pudiese limitar el poder del gobierno para regular las transacciones en el «mercado libre» entre los trabajadores y sus patronos. El *núcleo normativo* contrario de *Lochner* no era siquiera citado, ni mucho menos discutido[56].

---

[55] *United States v. Darby*, 312 U.S., 1941, pp. 100, 124. Esta mensaje se vio reforzado por *Wickard v. Filburn*, 317 U.S., 1942, p. 111, que rechazaba la protesta de un agricultor contra el intento federal de limitar la cantidad de trigo que podía plantar para emplearlo en su propia granja. Dado que este trigo nunca abandonaría la granja, ¿cómo podía estar involucrado en el comercio interestatal?

Una década antes, esta cuestión habría tenido una sola respuesta. Incluso más que el carnicero *kosher* de *Schechter*, la granja familiar de *Wickard* era un caso paradigmático de una actividad productiva local previamente inmune al afán centralizador del gobierno federal.

Pero ahora las cosas habían cambiado: «Incluso asumiendo que el trigo nunca es comercializado, satisface una necesidad del hombre que lo plantó, que de otro modo se reflejaría mediante una compra en el mercado libre», *ibid.*, p. 128. La unanimidad del Tribunal ponía de relieve el carácter decisivo de esta transformación revolucionaria.

[56] *United States v. Darby, 312 U.S.*, 1941, pp. 100, 125.

Pero Stone no pudo eludir con tanta facilidad un segundo gran caso de la república media: *Hammer v. Dagenhart*. En esta decisión de 1918, un Tribunal dividido había declarado inconstitucional un intento anterior del Congreso de excluir los productos del trabajo infantil del comercio interestatal. Dado que el razonamiento de *Hammer* representaba una condena de la ley más ambiciosa del *New Deal*, Stone no tuvo más remedio que confrontarlo, aunque solo fuese para enterrarlo. Para llevar a cabo esta tarea recurrió a la técnica que Brandeis había utilizado en *Erie*, rechazando *Hammer* sobre la base de la «explícita y ya clásica discrepancia del juez Holmes en la que se exponen los temas fundamentales implicados»[57].

Este dictamen fortalecía enormemente la notable transvaloración de la mayoría y de la discrepancia que es un rasgo característico del constitucionalismo moderno. Con el tiempo, el gran Holmes recibiría el apoyo de Brandeis y de otros disidentes de la república media que constituirían un canon privilegiado de verdad jurisprudencial, mientras que los dictámenes mayoritarios del antiguo Tribunal eran ampliamente consignados al vertedero de los precedentes «desechados»58. Los jueces del Tribunal moderno, como era de esperar, estaban en desacuerdo acerca de la mejor manera de evitar los peores errores de *Lochner*, pero *todos ellos* estaban de acuerdo en que la mejor forma de desacreditar una argumentación era acusarla del pecado de «lochnerizar».

La Reconstrucción reconsiderada

El único paralelismo real de esta completa repudiación es la Reconstrucción. Del mismo modo que el Tribunal Supremo no volvería jamás a mencionar *Dred Scott* de manera aprobadora después de los *Slaughter Cases* de 1873, tampoco mencionaría nunca *Lochner* de manera aprobadora después del caso *Darby* de 1941. En ninguna de estas transformaciones, el punto de vista previamente dominante de la Constitución había sido revisado y reevaluado por los procesos lentos y sutiles de la crítica y la adaptación del derecho común. En el corto espacio de una década, la antigua estructura había sido totalmente arrasada y reemplazada por un nuevo fundamento: de la esclavitud a la libertad y del *laissez-faire* al Estado del bienestar intervencionista.

Apenas es necesario recordar que estas dos consolidaciones se produjeron por medio de unos mecanismos legales diferentes: los Republicanos llevaron a cabo su revolución jurídica con la ayuda de enmiendas formales que pretendían tener un pedigrí fundado en el Artículo Cinco, mientras

[57] *Ibid*., p. 115.
[58] *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S., 1963, pp. 726, 730.

que los Demócratas prescindieron de estos simulacros de enmiendas y erigieron sus nuevos fundamentos directamente a partir de unos dictámenes judiciales transformativos. Esta diferencia de mecanismos legales da lugar a una pregunta obvia: el hecho de que los Republicanos utilizasen simulacros de enmienda ¿contribuye a una perdurabilidad de sus logros mayor que la del *New Deal*?

De acuerdo con los relatos formalistas, no hay nada como un texto derivado del Artículo Cinco para garantizar el impacto a largo plazo de la contribución constitucional de una generación; una revolución constitucional exclusivamente caracterizada por dictámenes judiciales es en cierto modo menos segura. Pero esta simple teoría no cuadra con los hechos. Los actuales magistrados del Tribunal Supremo están *mucho* más dispuestos a ignorar algunos de los grandes textos dejados por la Reconstrucción de lo que lo están a ignorar la acusación de *lochnerismo* del *New Deal*. Por ejemplo, todos los historiadores del derecho admiten que los Republicanos de la Reconstrucción –tanto dentro como fuera del Congreso– depositaban sus máximas esperanzas en la solemne garantía de la Decimocuarta Enmienda de que ningún estado «podrá reducir los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos». Y sin embargo, los tribunales nunca han cumplido seriamente la promesa de este texto. Si bien los jueces están constantemente alerta ante el menor indicio de herejía *lochneriana*, la mayor parte de ellos se van a la tumba sin haber dedicado ni una hora de su tiempo a pensar en la disposición de la Decimocuarta Enmienda que los Republicanos suponían que sería el monumento principal a su actuación[59].

La resistencia de *Darby* también constituye un desafío a la sabiduría convencional sobre el papel del *stare decisis* en derecho constitucional. De acuerdo con las banalidades más habituales, el derecho moderno se caracteriza por su tratamiento superficial de los precedentes y por su falta de respeto a los principios del *stare decisis*. ¿Cómo se explica, pues, el carácter perdurable de los hitos del *New Deal*?

Mediante el refinamiento de nuestra idea de precedente. La mayor parte de los dictámenes judiciales son simples marcadores en una conversación profesional en curso; a medida que son expuestos a nuevas circunstancias fácticas y a la crítica profesional continua, muchos de ellos revelan sus deficiencias. Su ascenso y caída es simplemente el producto del cambio gradual e inevitable que se produce en la opinión profesional. En vez de un motivo de lamentación, este flujo es un signo de vitalidad, un reconocimiento de que los juristas han de adaptar constantemente su oficio a nuevas ideas y realidades.

---

[59] He discutido algunos de los motivos de la trivialización de esta garantía fundamental en *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., pp. 94-99, y retomaré esta cuestión en el siguiente volumen.

Pero hay otro tipo de precedente. Estas decisiones no marcan las conclusiones provisionales de un discurso estrictamente profesional. Conmemoran las raras determinaciones de una masiva y sostenida conversación del pueblo estadounidense. Estos precedentes transformadores tienen, como no puede ser menos, un estatus especial en la conversación legal. Ya que los juristas no los han creado, tampoco pueden descartarlos. *Darby* es uno de estos grandes precedentes[60].

No todos los estadounidenses de comienzos de la década de 1940 se habían convertido por arte de magia a la visión de la Constitución que tenía el *New Deal*, del mismo modo que tampoco la generación anterior se había convertido en bloque a la visión republicana de la Unión. Había millones de Republicanos tradicionalistas en la década de 1930 que todavía creían en *Hammer*, del mismo modo que había millones de Demócratas tradicionalistas en la década de 1860 que todavía creían en *Dred Scott*. Pero en 1941 los disidentes tenían claro que la mayoría de los estadounidenses habían repudiado seriamente los antiguos puntos de vista. ¿Llegaría tal vez un momento en que un nuevo Lincoln o un nuevo Roosevelt cuestionarían el consenso del *New Deal*; respondería afirmativamente el pueblo estadounidense a este reto, y obtendrían, el nuevo Presidente y su partido, después de una larga lucha, la autoridad del Pueblo para repudiar *Darby* y sustituirlo por la visión del *laissez-faire* expresada por *Lochner* y por *Hammer*?

Pero esto no sucedería sin que una nueva generación asumiese la carga de la política constitucional. De momento, el Pueblo había hablado resueltamente a favor de un gobierno nacional intervencionista y el Tribunal estaba decidido a elaborar las implicaciones doctrinales de este nuevo compromiso constitucional.

Conclusión: ¿Creación o redescubrimiento?

Los estadounidenses de la década de 1930 sabían lo que estaban haciendo, y no tenían reparos en reconocer que estaban reconstruyendo –y no solo redescubriendo– los fundamentos de la soberanía popular en Estados Unidos. Si bien he estado esparciendo fragmentos de su conversación en estos capítulos, he guardado lo mejor para el final. Poco después de que el Senado rechazase la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo, le tocó al Presidente celebrar el centésimo quincuagésimo aniversario de la Convención de Filadelfia. Esto es lo que dijo[61]:

---

[60] ¿Cuáles son los otros? Consideraré este problema de la canonización más por extenso en el siguiente volumen.

[61] Joseph P. Lash indica que Felix Frankfurter fue uno de los redactores de este discurso, Joseph P. Lash, *Dealers and Dreamers: A New Look at the New Deal*, Nueva York, Doubleday, 1988, p. 315.

Hoy hace ciento cincuenta años que treinta y ocho agotados delegados de la Convención de Filadelfia firmaron la Constitución [...].

La tercera parte de los delegados originales habían abandonado y se había marchado a casa. La fuerza moral de Washington y de Franklin había mantenido juntos a los demás. Se quedaron quienes estaban más implicados; y los más implicados fueron los más atrevidos [...].

La Constitución de Estados Unidos era un documento del hombre común, no un contrato entre abogados. Y *esto* no puede enfatizarse demasiado. Madison, el máximo responsable de ello, no era abogado; tampoco lo eran Washington o Franklin, cuya capacidad para hacer concesiones mantuvo unida a la Convención.

Este gran documento de no especialistas era una carta de principios generales, completamente diferente de los «considerandos» y de las «partes contratantes de la primera parte» y de la letra pequeña que los abogados introducen en sus contratos de arrendamiento, en sus pólizas de seguros y en sus documentos de pago a plazos [...].

Pero durante ciento cincuenta años se ha producido un interminable forcejeo entre quienes querían preservar esta interpretación de la Constitución como un instrumento no especializado de gobierno, y quienes querían convertirla en una especie de contrato entre abogados.

Aquellos de nosotros que realmente creemos en la sabiduría perdurable de la Constitución no guardamos rencor a quienes profesional o políticamente hablan y piensan en términos puramente legalistas. No podemos alarmarnos de verdad cada vez que gritan «¡Esto es inconstitucional!» ante cada intento de mejorar la condición de nuestro pueblo.

Tales alarmas siempre nos han acechado, y últimamente han sido siempre rechazadas.

En 1787, los juristas más distinguidos insistían en que la propia Constitución era inconstitucional de acuerdo con los Artículos de Confederación. Pero las convenciones ratificadoras los desmintieron…

Los juristas distinguidos persuadieron a algunos magistrados del Tribunal Supremo de que los métodos de financiación de la Guerra Civil eran inconstitucionales. Pero otros nuevos magistrados los desmintieron [...].

Hace menos de dos años cincuenta y ocho juristas de los más prestigiosos del país dieron a la Nación (sin coste alguno para ella) la opinión solemne y formal de que la Ley Wagner de Relaciones Laborales era inconstitucional. Y en unos cuantos meses, primero unas elecciones nacionales y después el Tribunal Supremo los desmintieron.

Durante veinte años algún que otro magistrado del Tribunal Supremo se negó a admitir que las leyes estatales sobre el salario mínimo para las mujeres eran constitucionales. Hace unos meses, después de mi mensaje al Congreso sobre el rejuvenecimiento de la judicatura, algún que otro magistrado admitió que el Tribunal se había equivocado –durante los últimos veinte años– y le desmintió.

En este constante forcejeo, los juristas que no pertenecen a ningún partido político –el mío o cualquier otro–, han tenido un historial consistente o intachable. Pero las bases de los partidos políticos *han* tenido un historial consistente.

A diferencia de algunos juristas, han respetado como sagrados a *todos* los poderes de su gobierno. No han visto algo *más* sagrado en uno de ellos que en cualquiera de los demás. Han considerado como *lo más sagrado* el bienestar concreto de su generación [...].

La gente corriente pueden alegrarse del hecho histórico de que todos los intentos de interpretar la Constitución como un contrato estipulado entre abogados en vez de como la constitución de la gente común han acabado fracasando. Cada vez que una interpretación legalista ha chocado con el sentido contemporáneo en las grandes cuestiones de la política nacional, en última instancia han sido el pueblo y el Congreso los que se han salido con la suya.

Pero este «en última instancia» ha tenido un coste terrible.

Costó una Guerra Civil obtener el reconocimiento del poder constitucional del Congreso para legislar para los territorios.

Costó veinte años de cargar de impuestos a los que *menos* podían pagar para que se reconociese el poder constitucional del Congreso para gravar con impuestos a los que *más* podían pagar.

Costó veinte años de explotación del trabajo femenino reconocer el poder constitucional de los estados a aprobar leyes sobre el salario mínimo para proteger a las mujeres [...].

Sabemos que hace falta tiempo para adecuar el gobierno a las necesidades de la sociedad. Pero la historia moderna demuestra que postergar demasiado las reformas o negarlas hace peligrar la paz, debilita la democracia y se lleva por delante las libertades civiles y religiosas [...].

Ya no se nos va a permitir más sacrificar a cada generación esperando que la ley se ponga a la altura de la vida.

Ya no podemos permitirnos el lujo de ir con veinte años de retraso.

No encontraremos justificación alguna en el lenguaje de la Constitución para demorar las reformas que exige actualmente el grueso del pueblo estadounidense.

Y sin embargo, casi todos los intentos de satisfacer estas demandas de una mejora social y económica han sido puestos en peligro o efectivamente prohibidos por quienes han tratado de *leer* en el lenguaje de la Constitución lo que los artífices de la misma se negaron a *escribir* en ella[62].

Mi objetivo ha sido proporcionar materiales que permitan una confrontación rigurosa con este texto presidencial. Juntamente con Roosevelt, hemos

[62] S. I. Rosenman (ed.), *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, cit., 1937, pp. 359-366 (subrayado en el original)

localizado la lucha entre el *New Deal* y el antiguo sistema judicial como parte de una dialéctica recurrente entre populismo y legalismo en la historia estadounidense. También hemos vislumbrado las pautas institucionales generadas por los proponentes de un cambio fundamental que se niegan a sentirse «seriamente alarmados» cuando sus oponentes «gritan "¡Esto es inconstitucional!" a cada intento de mejorar la condición de nuestro pueblo». También hemos utilizado la Fundación y la Reconstrucción como los mejores precedentes para comprender el *New Deal*.

Al mismo tiempo que el Presidente recuerda la historia estadounidense no convencional de soberanía popular, hay una perturbadora ceguera –de hecho, una cierta arrogancia– en sus palabras. No menciona ni una sola vez que sus orgullosas afirmaciones de estar hablando en nombre del Pueblo habían sido recientemente rechazadas por el Senado en la polémica sobre la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo. No puede disimular la impaciencia que le producen los «veinte años de retraso» que requiere la separación de poderes antes de que «la ley se ponga a la altura de la vida». Por lo que a él respecta, «no podemos permitirnos el lujo» de unos períodos tan prolongados de prueba institucional. Es como si Roosevelt hubiese salido totalmente victorioso del debate sobre la ampliación del Tribunal.

Hay un sentido en el que el punto de vista moderno del *New Deal* sigue los pasos del punto ciego del discurso del Presidente. Igual que el Presidente, los constitucionalistas modernos sostienen que el período conflictivo entre 1932 y 1937 fue un tremendo error; que hubiera sido preferible que el Viejo Tribunal hubiese apoyado al *New Deal* en 1933 y en 1934; que la precipitada retirada del Tribunal en 1937 fue una debacle constitucional de primera magnitud.

Por consiguiente, tal vez pueda concluir mejor mi crítica reflexionando sobre las insuficiencias del discurso del Presidente. Empecemos con su afirmación de que el pueblo estadounidense no puede «permitirse el lujo de ir con un retraso de veinte años» y de «sacrificar a cada generación esperando que la ley se ponga a la altura de la vida». Lo que no tiene en cuenta el Presidente es que hay muchas visiones diferentes de la «vida» que compiten entre sí en Estados Unidos, y que el esfuerzo que hace la ley para «ponerse a la altura de la vida» en una dirección a menudo exige prescindir de muchas cosas de la «vida» que otros estadounidenses valoran especialmente.

Además, la visión particular de la vida social elaborada por el *New Deal* no se había impuesto en la opinión pública estadounidense durante el largo período de ascendencia republicana que va desde la Guerra Civil a la Gran Depresión. Así, antes de que el Presidente pueda pedir de manera creíble el respaldo del pueblo a una nueva visión del gobierno estadounidense, a él y a sus colegas Demócratas les costará trabajar duro para conseguirlo.

Tendrán que dejar atrás las ambigüedades de su programa partidista de 1932 y explicar con mayor claridad al pueblo estadounidense cuál es la dirección en la que van; solo entonces podrán dirigirse de nuevo al pueblo y convencerle de que valía la pena respaldar su experimento de gobierno intervencionista; tras salir victoriosos de varias contiendas electorales, tendrían que convencer a millones de escépticos de que su triunfo no era flor de un día, sino que era mejor interpretarlo como el juicio reflexivo de una mayoría de estadounidenses según el cual el gobierno intervencionista merecía ocupar un lugar fundamental en nuestro sistema político; y una vez asegurado al menos el consenso popular, tendrían que definir más claramente los principios legales que darían forma al nuevo régimen.

En este contexto, la resistencia legalista no era un «lujo» sin sentido. La temprana oposición mostrada por el Viejo Tribunal alentó al Presidente y al Congreso a tomar determinadas opciones entre el corporativismo de la NIRA y una estrategia más centrada en las reformas estructurales que pretendían controlar, pero no abolir, el sistema de libre mercado. A consecuencia de la crítica constitucional del Tribunal, incluso a los 17 millones de estadounidenses que votaron en contra de Roosevelt en 1936 les resultaría difícil negar que el Pueblo había abrazado *con los ojos abiertos* el ideal del capitalismo regulado. En suma, el temprano intento del Viejo Tribunal de decir «no» al *New Deal* habría hecho más creíble el «sí» del Pueblo en 1936, especialmente a aquellos que no estaban convencidos de sus méritos. Cuando el Viejo Tribunal empezó finalmente a reaccionar con su cambio a tiempo, ¿acaso no había llegado el momento de que los conservadores del país empezasen a reconciliarse, aunque lo hiciesen con amargura, con la idea de que el Pueblo había hablado?

Este proceso dialéctico de legitimación brilla por su ausencia en el discurso pronunciado por el Presidente el Día de la Constitución. En vez de conformarse con desempeñar un papel importante, Roosevelt quiere ser absolutamente determinante, como si un Presidente hablase invariablemente con la voz del Pueblo cada vez que exige al Congreso y a los tribunales que se pongan «a la altura de la vida». Pero esto, para decirlo suavemente, es una exageración[63]. Mi modelo de cambio constitucional moderno reconoce el ascenso de la Presidencia a un rol plebiscitario, pero basa este desarrollo en un proceso más amplio mediado por el Congreso, el Tribunal Supremo y la voz del pueblo estadounidense expresada en las

[63] Véase Robert Dahl, «The Myth of the Presidential Mandate», *Political Science Quaterly*, vol. 105, 1990, p. 355, para un tratamiento escéptico y la petición de una «modificación fundamental» del marco constitucional para responder a este problema. Estoy seguro de que Dahl tiene en mente algo más fundamental que las propuestas que presento yo en el próximo capítulo –véase su *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989–, pero tal vez mis modestas propuestas puedan contribuir a desencadenar la conversación más amplia que tiene en mente.

urnas. En esas circunstancias, la elección inicial de un Presidente puede en el mejor de los casos servir de señal para proceder a un debate serio sobre el futuro constitucional de la nación, una señal que puede madurar hasta convertirse en una auténtica propuesta constitucional solamente si el Congreso le da al Presidente un apoyo sostenido pese a la crítica constitucional igualmente sostenida del Tribunal; y solamente si la iniciativa Presidente/Congreso es rotundamente respaldada por los votantes en las siguientes elecciones presidenciales debe el Viejo Tribunal empezar a considerar la conveniencia de proceder a un cambio a tiempo.

Si, tras una reflexión serena, el Tribunal reconoce que una mayoría movilizada de estadounidenses está pidiendo un cambio fundamental, puede empezar a retirarse de unos principios constitucionales judicialmente atrincherados, dando al Presidente y al Congreso la oportunidad de consolidar su visión constitucional reformada sustituyendo a los magistrados que se vayan jubilando mediante unos nombramientos transformativos. Solamente si el movimiento dirigido por la Presidencia mantiene el apoyo electoral durante el período necesario para transformar la judicatura habrá llegado el momento de que el Tribunal Supremo consolide el nuevo régimen mediante una serie de dictámenes por unanimidad que repudien el antiguo orden en nombre de nuevos principios.

Esta interpretación del precedente del *New Deal* obliga a los constitucionalistas modernos a ir más allá del mito del redescubrimiento. Al mismo tiempo, les insta a centrarse en los peligros que comporta ignorar el verdadero papel que desempeña la Presidencia moderna en el proceso por medio del cual Nosotros, el Pueblo debatimos y decidimos nuestro futuro constitucional. Esta ceguera tiene su origen en la creencia formalista de que las normas del Artículo Cinco constituyen el principio *y* el final de nuestro compromiso histórico con las complejidades de la producción normativa de carácter superior. Como sugiere el discurso del Presidente el Día de la Constitución, esta ceguera no era compartida por los propios artífices del *New Deal*, que eran perfectamente conscientes –y se sentían orgullosos– de la relación que tenían con la tradición de transformación no convencional simbolizada por la Convención de Filadelfia y el Congreso de la Reconstrucción. Cuando los juristas modernos permiten que las presuposiciones formalistas ignoren el aspecto constitucionalmente creativo del *New Deal*, no están haciendo justicia a la interpretación que hacen del período sus propios protagonistas. Aún peor, se están privando a sí mismos de muchas ideas esenciales para entender la Constitución actual, que debe más de lo que suponen los formalistas a los logros (y a los fracasos) constitucionales de la generación del *New Deal*.

Ha llegado el momento de que pasemos a ocuparnos de este aspecto crucial del asunto.

XIII
LA REIVINDICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Normas, prácticas, principios

Los estadounidenses: un pueblo inquieto y rebelde y, sin embargo, notablemente comedido cuando se trata de jugar con las normas del gobierno. La Revolución Francesa provocó dos siglos de agitación en Europa, pero la Revolución Americana tuvo el efecto contrario. Doscientos años más tarde, solo hay veintiséis[1] enmiendas a la Constitución original. ¡Vaya consenso!

O esto es lo que me dicen admirativamente muchos extranjeros y menos justificadamente muchos estadounidenses. Por mucho que se repita, esta es una historia falsa. La Constitución estadounidense moderna se elaboró durante el mandato de Roosevelt mediante una serie de procesos desconocidos por el Artículo Cinco. Desplazó un acuerdo anterior establecido

---

[1] Algunas personas tienen la impresión de que en 1992 se promulgó una vigésima séptima enmienda. Ese año marcó el fin del intento de infundir nueva vida a una enmienda propuesta dos siglos antes por el Primer Congreso y que limitaba el poder de los congresistas para aumentarse los salarios. La propuesta no consiguió obtener el apoyo de los estados durante los primeros años de la República y hace ya tiempo que está enterrada en el inconsciente colectivo. Pero a finales del siglo XX sus partidarios la rescataron y montaron una campaña de perfil bajo para su ratificación entre las asambleas legislativas estatales, que finalmente la acabaron aprobando en sus tres cuartas partes. Dado que la enmienda limita supuestamente el poder del Congreso para aumentarse su propio salario, los congresistas consideraron embarazoso protestar por esta resurrección de anticuario y aceptaron su validez.

Pese a ello, es absurdo suponer que sea posible revivir una propuesta constitucional dos siglos después de perder su vigencia. Como explicó el juez Van Devanter hablando en nombre del Tribunal en *Dillon v. Gloss*, 256 U.S., 1921, pp. 368, 374-375, la teoría de la soberanía popular implícita en el Artículo Cinco requiere que los representantes, *tanto* de la nación como de los estados, piensen que la proposición de una enmienda es una buena idea, y esto no se verifica si el consentimiento de la nación se obtiene en el siglo XVIII y la de los estados en el siglo XX. Nosotros, el Pueblo, ha de hablar tanto a escala nacional como estatal dentro de un período razonable de tiempo entre uno y otro. Véase también la discusión del juez Butler en *Coleman v. Miller*, 307 U.S., 1939, pp. 433, 470. Sean cuales sean las implicaciones de la doctrina de la «cuestión política» del caso *Coleman* respecto a un reto judicial, para los ciudadanos sensatos la denominada vigésimo séptima enmienda no pasa de ser un mal chiste.

Un punto de vista diferente puede encontrarse en Michael Paulsen, «A General Theory of Article Five: The Constitutional Lessons of the Twenty-Seventh Amendment», *Yale Law Journal*, vol. 103, 1993, p. 677.

después de la Guerra Civil, el mayor baño de sangre ocurrido en Occidente entre 1815 y 1914. Dado que los Fundadores federalistas habían confiado en evitar esta guerra a toda costa, no tiene nada de extraño que su sistema de revisión constitucional demostrase ser inadecuado después de ella. Tanto durante la Reconstrucción como durante el *New Deal*, los protagonistas eran perfectamente conscientes del carácter revolucionario de aquello a lo que estaban jugando. Si hemos de olvidarnos de sus logros no convencionales, deberíamos tener la cortesía de reconocer que somos *nosotros* los que estamos haciendo el esfuerzo de olvidar.

Es preferible recordar, aunque solo sea para recuperar las verdades profundas que se ocultan tras las trivialidades dichas acerca de las «reglas del juego». No niego que la experiencia constitucional estadounidense ha sido excepcional, o incluso que ha sido excepcionalmente continua, pero estas continuidades no pueden entenderse mediante el modelo de las normas[2]. Si los estadounidenses no han sido fieles a las normas, ¿en qué sentido puede decirse que han sido fieles?

Yo he elaborado dos respuestas: una relativa a la perdurabilidad de los principios, y otra relativa a las prácticas institucionales. En el primer volumen de esta serie elaboré las ideas dualistas fundamentales que siguen dando forma a la Constitución, especialmente la creencia de que el Pueblo no ha de confundirse con su gobierno, pero que este puede hablar de un modo autorizado mediante la toma de decisiones posterior a un debate político sostenido y movilizado. Este libro se ha centrado en la práctica institucional, en los patrones distintivos mediante los cuales las reivindicaciones de soberanía popular se han puesto a prueba y a veces han sido confirmadas. La noción clave ha sido la adaptación no convencional: en los períodos de máxima movilización, los movimientos victoriosos utilizan su control sobre las instituciones permanentes para llevar a cabo acciones que van más allá de la autoridad legal normal. La adaptación no convencional retuerce los legalismos aceptados hasta el límite, provocando ansiedades profundas en las mentes de todos y acusaciones verosímiles de ilegalidad por parte de los escandalizados oponentes. Y el tejido constitucional amenaza con deshilacharse.

Pero esto no es (realmente) lo que sucede. Cuando la ciudadanía mira hacia el fondo del precipicio, la sensación de crisis se concentra en la mente colectiva. Lentamente, dificultosamente, el Pueblo afirma la necesidad de erigir un nuevo orden legal con los materiales heredados del pasado. Presidencia, Congreso, Tribunal Supremo: los nombres son los mismos, pero las relaciones fundamentales entre ellos se reconfiguran mediante la

[2] Utilizo la palabra *norma* en el sentido elaborado por R. Dworkin en *Taking Rights Seriously*, cit., capítulos 2 y 3.

actividad no convencional. Lo mismo puede decirse de la relación entre el gobierno central, los estados y los derechos privados. Cuando exploramos estos procesos recurrentes de reconstrucción, vislumbramos una paradoja: los estadounidenses deben su extraordinaria continuidad constitucional al mismo espíritu anárquico perceptible en otras partes de la vida nacional; gracias a las respuestas no convencionales a los movimientos movilizados ha podido perdurar nuestro sistema dualista. ¿Cómo hemos conseguido triunfar en una empresa tan peligrosa?

Estructuras más profundas

A medida que decae el poder organizador de la legalidad ordinaria, los estadounidenses descubren que la Constitución contiene imperativos más profundos que siguen dando forma a su lucha por el poder y la legitimidad.

Dos de ellos en particular. El primero es el calendario electoral, que ha procedido implacablemente durante más de dos siglos. Incluso cuando desafían las normas y principios existentes, los protagonistas son muy conscientes de que el juicio de los votantes no tardará en producirse. Y saben también que sus oponentes pondrán de manifiesto ante la opinión pública las irregularidades legales que cometan.

Aquí es donde entra en juego la segunda estructura básica: la separación de poderes entre la Cámara de Representantes, el Senado, el Presidente y el Tribunal Supremo. Teniendo en cuenta el ciclo electoral, es muy difícil que los reformadores revolucionarios obtengan el control de las cuatro ramas del gobierno simultáneamente. Esto no solo significa que los movimientos no convencionales tienen que estar preparados para una lucha larga y difícil. También tienen que tomarse en serio los argumentos de sus oponentes, por lo menos durante el período intermedio en el que los tradicionalistas siguen controlando algunas de las instituciones clave.

Esto puede tener como consecuencia un período muy creativo de diálogo constitucional durante el cual los reformadores son invitados a reconsiderar su crítica de los pactos constitucionales tradicionales y a redefinir sus ideales transformativos en respuesta a una resistencia sostenida. Tanto durante la Reconstrucción como durante el *New Deal*, este toma y daca llevó a un cierto grado de moderación. En ambos casos, los dos proyectos de transformación más ambiciosos –la reconstrucción radical de Thaddeus Steven y la NIRA de Roosevelt– no prosperaron. Pero las reformas que sobrevivieron siguieron pareciendo revolucionarias a millones de estadounidenses tradicionalistas. En vez de reconocer que los Republicanos o los Demócratas hablaban en nombre del Pueblo, estos tradicionalistas

consideraban a los reformadores como unos cínicos demagogos que se aprovechaban de un momento de crisis para transformar la Constitución de una forma profundamente perniciosa. Teniendo en cuenta sus convicciones, los tradicionalistas se sintieron tentados a responder con boicots políticos y violencia paramilitar, provocando un ciclo acelerado de conductas inciviles.

Hubo mucho de esto durante la Reconstrucción, y también durante los cierres patronales y las huelgas y ocupaciones de fábricas del *New Deal*. Sin embargo, el período relativamente largo durante el cual el poder estuvo dividido contribuyó a contener esta aterradora dinámica. La separación de poderes invitaba a los tradicionalistas a participar en un drama constitucional ampliado en el que sus paladines desempeñaron papeles importantes durante mucho tiempo. En vez de alejarse asqueados de lo que ocurría en Washington, los conservadores permanecieron involucrados en las luchas del presidente Johnson o del Tribunal Supremo conservador contra los Republicanos o Demócratas demagógicos, sin perder la esperanza de que seguirían resistiendo hasta que «el Pueblo recuperase el juicio». Este compromiso psicológico continuo facilitó que los conservadores pudiesen aceptar los resultados. Si incluso el presidente Johnson o el Tribunal Supremo cedieron finalmente ante las repetidas victorias electorales de Republicanos o Demócratas, ¿no había llegado acaso el momento de que los conservadores del país se reconciliasen con el nuevo régimen?

La separación de poderes, en suma, contuvo a ambos bandos incluso en sus momentos menos convencionales. Alentó a los reformadores a utilizar partes del lenguaje constitucional tradicional en un intento de persuadir a las ramas resistentes para que cedieran. Los tradicionalistas, a su vez, se sintieron alentados a seguir participando en el juego con unas reglas no convencionales con la esperanza de que los votantes les diesen mejores cartas en la siguiente contienda electoral. Dado que solo gradualmente comprendieron que el Pueblo les había dado una mala mano, se les hizo difícil aceptar su derrota y negarse a jugar el nuevo juego que desplazaba al antiguo. Al fin y al cabo, incluso el nuevo juego permitía a los tradicionalistas proteger algunos de sus intereses básicos, aunque en unas condiciones menos ventajosas que las que habían prevalecido en el régimen anterior. En vez de dar carta blanca a sus oponentes, ¿no era mucho más lógico que los tradicionalistas aprendiesen a dominar el nuevo sistema para darle la vuelta y explotarlo en beneficio propio?

A medida que los tradicionalistas –muchos de ellos, al menos– siguieron participando en el juego, fueron apareciendo nuevos temas en la agenda política, lo que llevó a la formación de nuevas alianzas transversales superadoras de las antiguas divisiones. Se fue haciendo cada vez más absurdo plantear las viejas cuestiones legales que habían provocado divisiones tan

apasionadas durante el anterior período de actividad no convencional. Los conservadores más sensatos aceptaron el nuevo *statu quo* y dejaron las sutilezas legalistas para los intransigentes o para los historiadores[3].

Identidad constitucional

Durante los últimos dos siglos ha ido emergiendo una forma de continuidad constitucional que se parece a una idea recientemente discutida en círculos filosóficos. Estas discusiones tratan habitualmente cuestiones relativas a la identidad personal, pero proyectan una luz muy útil sobre el problema que nos ocupa. Para poner a prueba lo que entendemos por identidad personal, los filósofos han propuesto una serie de experimentos mentales que trastocan las expectativas ordinarias. Imaginemos que la mitad del cerebro de Bruce es trasplantado en el cuerpo de Owen. El resto del cerebro de Bruce muere en el cuerpo de Bruce, pero Browen se despierta después de la operación con los recuerdos de Bruce, imitando muy bien las acciones más características de Bruce e insistiendo en que le llamemos Bruce. ¿Estaríamos dispuestos a tratarle como si fuera Bruce?

Tal vez.

Supongamos ahora que tanto Bruce como Browen sobreviven al trasplante de cerebro, que ambos tienen los recuerdos de Bruce, ¡y que ambos insisten en que son Bruce!

Aquí, aparentemente, tendríamos que rechazar la afirmación de Browen, por cuanto el Bruce con la mitad de su cerebro es una «prolongación más cercana» que Browen del Bruce que existía antes de la operación[4].

Esta noción de «prolongación más cercana» ayuda a explicar en qué sentido la Constitución estadounidense mantiene su continuidad pese a la existencia de períodos de actividad no convencional. Durante estos períodos, las reglas que rigen normalmente las relaciones de gobierno entre diferentes componentes constitucionales sufren trastornos muy severos. Al final de la transición no convencional, la apariencia del gobierno estadounidense puede ser tan diferente de la anterior como Browen de Bruce. Sin

---

[3] Hay un peligro obvio aquí. Con el tiempo, los conservadores pueden utilizar su poder en el nuevo sistema para subvertir las reformas revolucionarias hechas previamente en nombre del Pueblo. Esto es esencialmente lo que sucedió después de la Reconstrucción, aunque de una forma más gradual y menos inevitable de lo que a menudo se cree. Véase el capítulo 8, nota 127. En el siguiente volumen considero este problema crucial de la erosión –y lo que puede hacerse para resolverlo– con mayor amplitud.

[4] Véase Robert Nozick, *Philosophical Explanations*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1981, pp. 29-37; Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford, Oxford University Press, 1984, 3ª parte.

embargo, *en la medida en que el viejo gobierno haya muerto*, el nuevo será su «prolongación más cercana» pese a su pedigrí no convencional.

Imaginemos, por ejemplo, dos gobiernos que reivindican la autoridad en Norteamérica en 1870. Uno de ellos –USA– ha conseguido mantener intacta la Constitución de 1860. Y como el segundo ha experimentado todos los procesos no convencionales de la Reconstrucción, lo llamaré RUSA. En este escenario imaginario, USA tendría más derecho que RUSA a afirmar que es la «prolongación más cercana» del gobierno de los Padres Fundadores, del mismo modo que el Bruce con la mitad de su cerebro sería una «prolongación más cercana» del Bruce original que Browen.

Pero, naturalmente, USA no existía en 1870. Solo existía RUSA, una criatura parecida a Browen que mantenía muchos recuerdos institucionales de la primera república y cuya forma de actuar recordaba la de USA. Debo reconocer que el cambio de USA a RUSA no se produjo de acuerdo con las normas y principios legales preexistentes, pero en todo momento durante la transición de uno a otro, hubo personas en Washington que reclamaban la autoridad como Presidente, Congreso y Tribunal Supremo, y que confirmaron regularmente esta afirmación mediante diversas convocatorias electorales al Pueblo.

RUSA, en suma, tenía unas conexiones institucionales profundas con USA y era la «prolongación más cercana» de ella que existía. Además, su génesis era coherente con muchos de los principios fundamentales de la democracia dualista que había conferido identidad constitucional a la república temprana. ¿No había, pues, que admitir su continuidad respecto de la república temprana pese al carácter no convencional de su creación?

Especialmente cuando la ruptura Republicana con los principios Federalistas había puesto de manifiesto una profunda debilidad en las premisas fundacionales que habían dado sentido originalmente al Artículo Cinco. Como hemos visto, el sistema de la Fundación presuponía respuestas a dos preguntas que apuntaban al centro mismo de la identidad constitucional estadounidense. ¿Quién es «Nosotros, el Pueblo», a fin de cuentas? ¿Qué instituciones expresan mejor nuestro juicio meditado?

Respecto a la primera pregunta, los Federalistas suponían que los estadounidenses solamente podían expresarse ellos mismos como Pueblo si conseguían hablar a la vez como nación y como estado: el nuevo centro nacional era el único lugar que podía proponer una revisión, pero los estados eran los únicos que podían ratificar las enmiendas propuestas.

Respecto a la segunda pregunta, los Fundadores habían simplemente adoptado la respuesta inglesa: el Pueblo se expresaba en asambleas deliberativas como la Cámara de los Comunes o el gran Parlamento-Convención

que había codificado el significado de la Revolución Gloriosa. Si bien presidentes y jueces podían desempeñar un papel importante en la política ordinaria, el Artículo Cinco les excluía de la escena cuando el Pueblo se disponía a deliberar asuntos constitucionales fundamentales.

Estas respuestas tenían su lógica después de la Revolución, pero no resistieron la destrucción de la República Temprana en la Guerra Civil. Los Republicanos de la Reconstrucción negaron la autoridad de los estados blancos del sur para rechazar el mandato de la Decimocuarta Enmienda obtenido mediante unas elecciones nacionales. Dos generaciones más tarde, Franklin Roosevelt hizo una crítica similar al Artículo Cinco. Solo que esta vez eran las grandes empresas y no los estados blancos del sur los que amenazaban con utilizar su poder sobre las asambleas legislativas estatales para vetar la voluntad del Pueblo expresada en una serie de elecciones nacionales.

La concentración exclusiva de los Fundadores en las asambleas deliberativas fue también cuestionada durante la Reconstrucción y hecha añicos durante el *New Deal*. El uso plebiscitario que hace Roosevelt de la Presidencia representa un avance decisivo, pero se basa en generaciones de política constitucional, incluidos los notables intentos de los presidentes Lincoln y Johnson relativos a la Decimotercera Enmienda[5]. A diferencia de sus predecesores del siglo XVIII, los estadounidenses modernos consideran las elecciones presidenciales como una especie de importante foro mediante el cual pueden entablar un debate movilizado para la toma de decisiones sobre su futuro como nación.

Sin este tipo de creatividad no convencional, resulta difícil comprender cómo los estadounidenses han podido convertirse democráticamente de una unión descentralizada de hombres blancos a una nación multirracial y de muchos credos cuyo gobierno –tanto federal como estatal– está activamente comprometido en el intento de garantizar una vida mejor a todos sus ciudadanos.

Tampoco hay motivos para suponer que los estadounidenses han llegado al fin de la historia. En el futuro aguardan otras crisis. Si las legitimidades establecidas se desintegran, nos veremos abocados a la pregunta definitiva: ¿hemos de dejar que se hunda toda la empresa o adaptaremos creativamente las estructuras actuales para mantener y renovar la sensación colectiva de que es efectivamente el Pueblo el que gobierna en Estados Unidos?

Pero me niego a mirar demasiado fijamente el interior de la bola de cristal, no porque esté vacía, sino porque haciéndolo es demasiado fácil conjurar escenarios de crisis. Diferentes escenarios someten las pautas

[5] Discuto la relación que tiene la revolución del *New Deal* con otros precedentes presidenciales en mi libro, de próxima aparición, *The Roots of Presidentialism*.

institucionales existentes a diferentes tensiones y presiones. En vez de hacer el profeta, es más sensato observar de un modo crítico el régimen existente. Han pasado sesenta años desde que los artífices del *New Deal* transformaron la estructura básica del gobierno estadounidense. ¿Qué ha sido de aquellos grandes precedentes rooseveltianos?

De Roosevelt a Reagan, y más allá

Los precedentes de la Fundación tienen raíces muy profundas. La experiencia del *New Deal* quedó grabada en la conciencia de toda una generación. Cuando los ciudadanos de la República Moderna hicieron su propio intento de obtener autoridad para proceder a la producción normativa de carácter superior, les ofreció un lenguaje establecido y un procedimiento a seguir. Lo que ha sucedido una vez puede volver a suceder. Si Roosevelt pudo inaugurar una nueva era de legalidad constitucional gracias al liderazgo presidencial ¿por qué no podían hacer lo mismo sus sucesores?

Los intentos de recrear el escenario de Roosevelt propulsaron hacia el futuro el precedente de la Fundación. También precipitaron otros precedentes que refinaron y transformaron los significados anteriores. La década de 1980 proporciona un ejemplo paradójico[6]. El presidente Reagan cuestionó el liberalismo del *New Deal* y lo hizo utilizando precedentes rooseveltianos. En particular, los reaganianos fracasaron en su intento de utilizar el Artículo Cinco para repudiar el Estado del bienestar intervencionista por medio de enmiendas formales. La década de 1980 resultó ser, por el contrario, una variante de los temas transformativos establecidos en la década de 1930.

La señalización presidencial

Eligiendo a Ronald Reagan en 1980, el pueblo estadounidense utilizó la Presidencia de modo parecido a como lo había hecho en 1932: como una señal constitucional, autorizando a nuestros representantes a introducir un nuevo tema en la agenda del debate político fundamental. Irónicamente, este tema no era otro que el de la continua validez del liberalismo del *New Deal* tal como había sido elaborado durante el medio siglo anterior.

---

[6] Me concentro en los años de Reagan-Bush porque proporcionan un relato aleccionador que prepara el terreno a una propuesta seria de reforma del proceso de producción normativa de carácter superior, pero no quiero ignorar la importancia de otras décadas. Véase, por ejemplo, B. Ackerman y D. Golove, *Is NAFTA Constitutional?*, cit., incluyendo la revolución de los derechos civiles. Mi discusión de la década de 1960 es particularmente inadecuada en este momento. Véase mi *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., pp. 136-139.

Eligiendo a Ronald Reagan en vez de a Jimmy Carter, el Pueblo estadounidense no había repudiado con autoridad la democracia del *New Deal*. Pero, igual que en 1932, los estadounidenses *estaban* decididos a elegir a un Presidente con un enorme encanto que deseaba claramente cuestionar aspectos fundamentales de la legalidad constitucional. La cuestión era si Reagan utilizaría la Presidencia a la manera rooseveltiana para llevar a la ciudadanía a redefinir su relación fundamental con el gobierno nacional.

Los paralelismos entre Roosevelt y Reagan continuaron durante su primer año en el cargo. Reagan obtuvo pronto el apoyo del Congreso para introducir una legislación tributaria que hizo época y que amenazaba con privar al Estado regulador intervencionista de los recursos que necesitaba para seguir siendo creíble. Al reducir radicalmente los impuestos a los ricos, la reforma abría también un debate sobre la legitimidad de las actividades redistributivas del Estado intervencionista.

Los primeros éxitos de Reagan fueron especialmente impresionantes dada la composición política del Congreso. Aunque los Republicanos obtuvieron el control del Senado por primera vez en un cuarto de siglo, los Demócratas continuaron dominando en la Cámara de Representantes. Pese a ello, Reagan consiguió convencer a bastantes de ellos para que se subieran al tren. ¿Podían los Republicanos mantener el impulso en las siguientes elecciones arrebatando el control de la Cámara de Representantes a sus oponentes?

Anatomía de un fracaso

Aquí es donde los escenarios presidencialistas divergen. Reagan no pudo romper la pauta normal de las elecciones de medio término. Los Republicanos pasaron de 53 a 54 escaños en el Senado, pero cayeron de 189 a 167 en la Cámara de Representantes dominada por los Demócratas[7]. Este fracaso redujo la capacidad a corto plazo de Reagan para impulsar más iniciativas transformativas mediante el Congreso. También situó una cuestión básica en el centro del escenario: cuando el pueblo estadounidense empezó a considerar la «Revolución Reagan» de una manera más sensata, ¿no encontró tal vez que sus principios primordiales no merecían su apoyo?

Para decirlo a la manera del Artículo Cinco, supongamos que se hubiese reunido en Filadelfia una segunda convención constitucional a solicitud de dos terceras partes de los estados, pero que los delegados reunidos no hubiesen conseguido ponerse de acuerdo en las enmiendas y se hubiesen disuelto desordenadamente. Podríamos referirnos a esta situación como *una propuesta constitucional fallida*. El fracaso de Reagan, que no pudo repetir el triunfo en las elecciones de medio término de Roosevelt, planteó una posibilidad similar dentro del modelo en evolución del liderazgo presidencial.

---

[7] D. Bacon *et al.* (eds.), *Encyclopedia of the U.S. Congress*, cit., vol. 3, p. 1558.

La aplastante victoria electoral del Presidente en 1984 no sirvió para resolver esta cuestión. El triunfo personal de Reagan fue de proporciones rooseveltianas, pero los Republicanos no consiguieron avanzar en el Congreso: la Cámara de Representantes permaneció de manera segura en manos Demócratas, y el número de senadores republicanos pasó de 54 a 53. En cambio, la victoria aplastante del *New Deal* en 1936 dejó solamente 16 Republicanos en el Senado y 89 en la Cámara de Representantes.

Los números cuentan solamente una parte de la historia. Lo más importante es lo que hicieron los artífices del *New Deal* con sus mayorías. Ni el presidente Roosevelt ni el Congreso del *New Deal* se contentaron con sus prontos triunfos de los cien primeros días. Cuando el Tribunal Supremo echó por tierra iniciativas clave, los artificies del *New Deal* asumieron el reto constitucional con unas leyes históricas como la *Labor Act* y la *Social Security Act*. En cambio, la incapacidad de los Republicanos para arrasar en el Congreso significó que sus promesas transformadoras quedaron incumplidas. La reforma tributaria de Reagan simplemente generó unos masivos déficits presupuestarios, pues el Congreso se negó a corregir a la baja las aspiraciones del gobierno para adecuarse a los recortes fiscales. Con el paso de los años, el tipo de confrontación cada vez mayor entre las «ramas políticas» y el «Tribunal preservacionista» simplemente no tuvo lugar, por lo menos medida a partir de los parámetros de los años de Roosevelt.

El contraste adquirió mayor crudeza después de las elecciones de 1986, cuando el gobierno perdió su mayoría en el Senado. En ese momento, los artíficies del *New Deal* estaban ya sellando su triunfo constitucional mediante una serie de nombramientos transformativos en el Tribunal Supremo. Pero pese a la suerte enormemente diferente de su acción política, Reagan trató de seguir el ejemplo de Roosevelt, nombrando primero a Antonin Scalia y luego a Robert Bork como magistrados del Tribunal. Si hubiese podido continuar, este patrón de nombramientos habría previsiblemente culminado en una nueva serie de dictámenes à la *Darby*, con el nuevo Tribunal Republicano de la década de 1990 condenando la «era de *Roe v. Wade*» con la misma ferocidad con que el Tribunal del *New Deal* condenó *Lochner v. New York*.

Pero ello no sucedió.

Nombramientos normales y transformativos

Antes de pasar a los detalles, consideremos el reto al que ha de hacer frente todo gobierno que trate de recrear el precedente rooseveltiano.

El cambio ordinario

El Tribunal Supremo es una institución conservadora. Los jueces están rodeados por una espesa red de jurisprudencia que define un mundo de sentido constitucional.

El mundo gira mientras el tiempo avanza. Nuevos problemas hacen saltar a primer plano nuevas formas de entender los principios establecidos: la llegada de nuevos magistrados va cambiando gradualmente el equilibrio de los dictámenes. Las nuevas decisiones que se toman proporcionan perspectivas que cuestionan principios y decisiones tomadas anteriormente. Y así sucesivamente.

A los efectos que aquí nos interesan, solo dos aspectos de este proceso evolutivo normal son importantes. El primero es el marco temporal: los grandes cambios normalmente solo se producen en períodos de veinte y treinta años, o más. El segundo es la medida en que la inmensa mayoría de juristas y jueces –especialmente los más exitosos– están comprometidos con el *ethos* del cambio intersticial. Este compromiso arraiga en décadas de práctica habitual durante las cuales clientes y tribunales recompensan a aquellos juristas que emiten juicios cuidadosamente contextualizados, y castigan a aquellos que se expresan con abstracciones y con analogías de trazo grueso.

Las precondiciones presidenciales

Si, por consiguiente, un Presidente está decidido a recrear el precedente de Roosevelt, tiene que ser muy cuidadoso con sus prácticas designativas. No basta con nombrar a *profesionales distinguidos* que hayan apoyado vagamente al Presidente y a su partido en el pasado; estos jueces lo tendrán muy fácil para recaer en sus hábitos más arraigados de adaptación intersticial.

Tiene que aprovechar las oportunidades de proponer a un tipo diferente de magistrado del Tribunal Supremo. Como sugiere la práctica de Roosevelt, los *visionarios constitucionales* pueden proceder de tres entornos diferentes. Pueden ser políticos, como Hugo Black, que no hayan pasado la mayor parte de su carrera analizando casos para clientes y tribunales. Pueden ser juristas importantes del poder ejecutivo, como Stanley Reed o Robert Jackson, que han sido la punta de lanza de la campaña legal del Presidente en los tribunales. O pueden ser juristas académicos, como Felix Frankfurter o William Douglas, que han dedicado buena parte de su vida a una crítica jurisprudencial enérgica del viejo orden. (O pueden proceder de dos o tres de estos ámbitos).

Para que una estrategia transformativa tenga éxito, no basta con que la Presidencia se alíe con el mismo conjunto de fuerzas ideológicas durante un período importante de tiempo (determinado por el índice de mortalidad de los jueces en activo). Los Presidentes han de estar tan interesados en la transformación constitucional como para estar dispuestos a sacrificar otros objetivos más a corto plazo. Para empezar, tienen que resistir la tentación de utilizar al Tribunal como fuente de influencia política de alto nivel. Muchos de los aliados políticos del Presidente sueñan con coronar su carrera con un puesto en el Tribunal, o pueden, de un modo más altruista, pretender un escaño en el mismo para alguno de sus clientes. Pero el servidor más leal con el patrón más poderoso puede no estar profundamente comprometido con el proyecto transformador de la Presidencia y puede que su nombramiento como magistrado del Tribunal, solo sirva para postergar el día del triunfo constitucional.

Un segundo motivo, tal vez más convincente, es el interés del Presidente en su propia reelección. Los nombramientos al Tribunal Supremo constituyen recompensas simbólicas a grupos electorales cruciales. Durante el siglo XIX, ello implicó un sinfín de nombramientos en diversas regiones del país. Actualmente, el recurso son las mujeres y los grupos étnicos, raciales y religiosos.

Este motivo es más evidente en el caso de aquellos Presidentes que no tienen objetivos transformativos claros. Considérese el nombramiento por parte de Eisenhower de William J. Brennan. Cuando el Presidente meditaba reemplazar a Sherman Minton el verano de 1956, no tenía precisamente lejos de su mente su campaña de reelección de noviembre. Nombrar a un juez estatal católico y demócrata de New Jersey era simplemente una buena estrategia de campaña, por cuanto potenciaba al máximo las posibilidades de ganar en el estado natal muy disputado de Brennan, y contentar a los Demócratas católicos del Norte. Al lado de estos sencillos cálculos de política ordinaria, los puntos de vista legales de Brennan eran claramente secundarios[8].

Un cálculo similar es visible incluso en presidencias más transformativas. Tomemos el caso de Sandra Day O'Connor, el primer nombramiento que hizo el presidente Reagan al Tribunal Supremo. Aunque hubiese sido descalificada si hubiese declarado que el liberal Brennan era su modelo, la pureza ideológica no era precisamente la primera preocupación de Reagan. Nombrando por primera vez en la historia a una mujer como miembro del Tribunal Supremo, Reagan estaba haciendo un llamamiento a unos electores que tenían tendencia a favorecer de una manera desproporcionada al partido de la oposición.

---

[8] Véase Henry Abraham, *Justices and Presidents Justices and Presidents and Senators: A History of the U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Clinton*, cit., pp. 265-266.

De Scalia a Kennedy

El contraste con el segundo mandato de Reagan no podía ser más claro. Ni Antonin Scalia ni Robert Bork debían su nombramiento a la jugosa combinación de cálculos tribales y regionales que tanta importancia tiene en la política ordinaria. Reagan quería colocarlos en el Tribunal por los mismos motivos que Roosevelt había elegido a Felix Frankfurter y a William Douglas. Igual que estos artífices del *New Deal*, Scalia y Bork eran juristas académicos capaces y deseosos de redactar dictámenes transformativos que pudiesen consolidar un orden constitucional en ascenso desde hacía poco tiempo.

Pero había una diferencia crucial. Cuando Roosevelt nombró a Frankfurter y a Douglas, había 69 representantes del Partido Demócrata en el Senado[9]. Si hubiese habido 69 senadores republicanos cuando Robert Bork fue designado, ¿acaso alguien duda que hoy estaría en la judicatura?

Esta es una forma algo pobre de plantear la cuestión. Si la Revolución de Reagan hubiese arrasado el país de la forma necesaria para ganar unas mayorías igual de grandes en el Congreso, las nominaciones de Scalia y Bork habrían sido la nota suprema de un coro triunfalista procedente de Washington. Junto con un nuevo tipo de intelectuales del derecho en la judicatura, los reaganianos del Congreso estarían aprobando nuevas leyes-marco elaboradas a partir de sus previos asaltos al Estado del bienestar intervencionista.

En vez de funcionar como parte de un proceso constitucional más amplio, los nombramientos de Scalia y Bork tenían más bien aspecto de ser estratagemas inteligentes de una presidencia ideológica decidida a transformar la Constitución sin haber conseguido el tipo de apoyo amplio y profundo requerido por los principios dualistas. En el caso del juez Scalia, la táctica salió bien puesto que los Republicanos todavía controlaban el Senado; pero cuando el presidente Reagan designó a Bork después de que el Senado volviera al Partido Demócrata en 1986, no tiene nada de extraño que su nominación transformativa acabase en derrota.

El siguiente movimiento lo hizo el Presidente y fue fundamental. Reagan podía haber respondido designando a un segundo visionario constitucional que, igual que Bork, hubiese hecho carrera como crítico elocuente de la moderna jurisprudencia del Tribunal. Si el Senado hubiese rechazado también a este candidato, habría preparado el terreno para un serio enfrentamiento durante las elecciones de 1988. El candidato republicano a la Presidencia podía haber convertido el obstruccionismo del Senado en una parte central de su gancho electoral; su oponente demócrata podría haber

[9] D. Bacon *et al.* (eds.), *Encyclopedia of the U.S. Congress*, vol. 3, cit., p. 1557.

elogiado la defensa del Senado contra el extremismo. En el transcurso de ese debate, la definición del constitucionalismo de la «línea principal» habría sido revisada de una forma difícil de prever.

Pero Reagan decidió eludir esta confrontación pública. Como otros antes que él, el Presidente sabía que la lucha entre diferentes ramas del poder no hacía sino poner de manifiesto el carácter superficial de su apoyo. En vez de provocar otro debate constitucional sostenido con otro nombramiento como el de Bork, eligió tomar la senda de la acomodación propia de la política ordinaria.

El nombramiento de Anthony Kennedy fue más importante por lo que no fue. Kennedy era vagamente conservador, pero no había nada en él que sugiriese una determinación al estilo de Bork para destruir los fundamentos de la jurisprudencia existente. El Presidente estaba ofreciendo un candidato que podía implicarse en las adaptaciones judiciales normales que, a lo largo de las décadas, generan modificaciones constitucionales difíciles de predecir, en vez de rápidas rupturas. El evidente alivio con el que el Senado y el país acogieron esa rama de olivo contribuyó a devolver el sistema a la normalidad.

De Souter a Breyer

Los acontecimientos subsiguientes han confirmado con creces que la política ha vuelto a la normalidad. La elección de George Bush como candidato del Partido Republicano a la presidencia en 1988 fue en sí misma un signo de que la energía transformativa había disminuido. Era difícil imaginar un candidato con los pies más firmemente plantados en el *statu quo*, como no fuera su rival demócrata, Michael Dukakis. Vagamente a la izquierda de un centro no muy bien definido, el candidato demócrata daba más el tipo de un tecnócrata inteligente que de un reformador revolucionario.

En este contexto, el nombramiento por parte del presidente Bush de David Souter era constitucionalmente apropiado. Al hablar del cambio en las sesiones de su ratificación, en claro contraste con Robert Bork, Souter aseguró al Comité Judicial que su héroe judicial era John Marshall Harlan, el gran intersticialista. Las rupturas profundas y amplias con el pasado eran lo último que tenía en mente.

La elección de Souter no fue solo significativa en sí misma; reforzó el significado constitucional de la elección previa de Kennedy. Había sido posible interpretar la maniobra de Kennedy como una retirada táctica, como una forma de ganar tiempo para un retorno agresivo a la estrategia transformativa con la nueva apertura judicial. Pero la decisión de Bush de seguir con Souter sugería que había en ella algo más que tacticismo.

Sus acciones ponían de manifiesto el reconocimiento de que la presidencia republicana no estaba consiguiendo obtener un mandato al estilo de Roosevelt para transformar la ley superior.

Hasta cierto punto, este fue también el mensaje del asunto Clarence Thomas. El nombramiento de Bush se inscribía en una gran tradición de política ordinaria; del mismo modo que Dwight Eisenhower utilizó a Brennan y Ronald Reagan utilizó a O'Connor, el presidente Bush utilizó a Thomas para hacerse con un electorado, el de los estadounidenses negros en este caso, que normalmente estaba en el campo del partido de la oposición.

Pero hubo también un hábil sesgo transformativo en este modo de proceder. Por primera vez desde la caída de Bork, el Presidente había elegido un candidato vinculado a la agenda constitucional de la Nueva Derecha. Thomas había adoptado un montón de actitudes polémicas como presidente de la Comisión sobre Igualdad de Oportunidades en el Empleo durante los años de Reagan. Designando a un conservador negro, la Administración confiaba poder defenderse de la acometida liberal demócrata que había derrotado a Bork. ¿Tenían los liberales suficiente convicción constitucional para trascender la política racial ordinaria y votar a un negro cuyos puntos de vista detestaban?

Durante la primera ronda de sesiones ante el Comité Judicial se puso de manifiesto que la respuesta era «No». La hábil política del Presidente parecía dar sus frutos cuando sus oponentes decidieron jugar sucio, transfiriendo su ataque desde la sustancia de los puntos de vista de Thomas a su moral personal.

Una segunda ronda de sesiones televisadas en las que se presentaron las acusaciones de acoso sexual de Anita Hill y el vehemente contraataque de Thomas pusieron de manifiesto nuevas debilidades en el proceso en evolución de la confirmación del Senado. Millones de telespectadores fueron invitados a un carnaval que recordaba las sesiones del caso McCarthy de la década de 1950. Los procedimientos senatoriales existentes fueron incapaces de determinar la verdad de los cargos. Ni la acusación ni la defensa pudieron disponer de los instrumentos –contrainterrogatorios, proceso forzoso– que hubieran posibilitado un juicio justo de los hechos. En vez de postergar el asunto durante el tiempo necesario para hacer una serie de averiguaciones desapasionadas, el Senado se apresuró a votar, y Thomas se salvó por los pelos, sin tener la posibilidad de redimir su maltrecha reputación (algo que solamente una investigación escrupulosamente justa podía haber logrado). Se diga lo que se diga del proceso, el hecho es que puso nuevamente de relieve los ciclos de descortesía política provocados por los intentos presidenciales de hacer nombramientos transformativos sin tener el apoyo político necesario en el Senado y en el país.

La elección del presidente Clinton dejó aún más claro que los años Reagan-Bush no iban a culminar en una transformación a la manera de Roosevelt. Clinton no se conformó con frenar en seco la revolución republicana; aunque tenía solamente el 43 por 100 del voto popular, puso en marcha una agresiva campaña propia a favor de la asistencia sanitaria universal. Pero esto solo sirvió para poner de manifiesto la debilidad del apoyo público de que disponía en aquel momento para proceder a grandes empresas transformativas, igual que sucedió con el subsiguiente fracaso del Congreso republicano para encontrar apoyo sostenido para su Contrato con América.

Los nombramientos de Clinton en el Tribunal Supremo, a su vez, se adecuaron perfectamente a este contexto político general. Su elección de Ruth Ginsburg cae básicamente dentro de la categoría de la política judicial ordinaria. Como abogada que había abierto nuevos caminos al movimiento feminista, Ginsburg se había caracterizado por la moderación de su argumentario y por su éxito en la obtención de logros intersticiales en los tribunales. Aunque simpatizaba con los hitos liberales de la era Warren-Burger, no era una Scalia de izquierdas dispuesta a demoler grandes bloques de doctrina establecida. El nombramiento por parte del Presidente de Stephen Breyer también sugería moderación. Con el partido de la oposición controlando el Senado, Clinton evitó una repetición de los escenarios Bork-Thomas nombrando a un profesional distinguido aceptable por los senadores republicanos clave. Con cada nuevo nombramiento, el impulso transformativo de los años de Reagan se fue amortiguando un poco más.

El significado de *Casey*

Mientras la Presidencia y el Senado se movían erráticamente para recuperar el modo ordinario de hacer política, el Tribunal también estaba calibrando la situación del momento. Un escenario crucial para hacer una valoración lo proporcionó el caso *Roe v. Wade*. El Partido Republicano, y sus candidatos presidenciales, habían topado una y otra vez con el Tribunal sobre este tema. Como los presidentes Bush y Reagan habían logrado apoyo popular frente a los Demócratas partidarios de la libre elección en el tema del aborto en tres elecciones consecutivas, el subsecretario de Justicia había invitado repetidamente al Tribunal a reconsiderar el caso *Roe*. Un movimiento provida cada vez más movilizado daba pábulo a la afirmación de que, oponiéndose a *Roe*, los presidentes no estaban adoptando una postura política ordinaria, sino expresando las convicciones profundas de un amplio número de ciudadanos estadounidenses.

A estas alturas, este patrón de liderazgo presidencial ya debería resultarnos familiar. Pero, como hemos visto, no es suficiente para convertir a la

Presidencia en un mecanismo señalizador; la causa de la reforma constitucional tiene que llevar repetidamente al partido a la victoria en el Congreso además de en la Presidencia antes de poder reclamar un mandato del pueblo de proporciones rooseveltianas; solo entonces estará la cosa madura para proceder a un cambio judicial como el de 1937.

Este patrón más amplio estuvo ausente durante los años Reagan-Bush. En consecuencia, el intento republicano de invalidar *Roe* no consiguió su objetivo. En el dictamen del Tribunal emitido en 1989 sobre el caso *Webster v. Reproductive Health Services*[10], una estrecha mayoría debilitó las normas particulares que había establecido *Roe* para proteger el derecho de las mujeres embarazadas a decidir si daban a luz. Pero los dos nombramientos normales de los años de Reagan –O'Connor y Kennedy– se negaron a unirse a la llamada del juez Scalia en pro de un repudio radical de *Roe* y de la jurisprudencia del Tribunal de Warren que presuponía. En 1992, la incapacidad de Reagan-Bush para apoyar hasta el fin los nombramientos como el de Bork tuvo un efecto decisivo. Si los gobiernos republicanos hubiesen respondido a la derrota de Bork movilizando con éxito un apoyo nacional amplio a otros nombramientos transformadores, el Tribunal de 1992 habría contenido, además de la del juez Scalia, otras tres voces instando al repudio decisivo de *Roe*. Esta ola habría barrido al menos a dos jueces que debían su nombramiento original a un pasado más distante: William Rehnquist y Byron White. Del mismo modo que el tercer mandato de la Administración de Roosevelt vio la demonización de *Lochner* por parte del Tribunal, el tercer mandato del período Reagan-Bush habría asistido a la demonización de *Roe* como el gran antiprecedente de una nueva era constitucional[11].

En cambio, la retirada de Reagan-Bush significaba que las pretensiones en la producción normativa de carácter superior de sus gobiernos serían evaluadas por un Tribunal que habría contenido tres de sus propios nombramientos normales, O'Connor, Kennedy y Souter. Al subrayar el carácter no transformativo de estos nombramientos, no estoy sugiriendo que su decisión en el caso *Roe* fuese inevitable. La retirada de Reagan-Bush

---

[10] *Webster v. Reproductive Health Service*, 492 U.S., 1989, p. 490.

[11] Incluso en este escenario, el paralelismo con el *New Deal* habría sido todavía incompleto. A comienzos de la década de 1940, el Tribunal se posicionó unánimemente tras su decisiva ruptura doctrinal con el pasado; el Tribunal de la década de 1990, en cambio, habría contenido dos o tres disidentes más que habrían insistido en el continuado significado de la vieja jurisprudencia.

Esta es, como sugiere el capítulo 12, una gran diferencia. Solo cuando el Tribunal tiene una opinión unánime, puede esperarse de la profesión legal que arroje una opinión previamente dominante al vertedero de la historia. Sin embargo, un dictamen del Tribunal redactado por el juez Scalia, en nombre de seis o siete jueces, habría mantenido el impulso de la revolución de Reagan en el campo del derecho constitucional. La destrucción de *Roe*, además, habría sacudido el terreno debajo de todos los grandes hitos erigidos por los jueces durante el medio siglo que media entre Roosevelt y Reagan, dejando que fuese el Tribunal de la década de 1990 (¿gradualmente renovado mediante una serie de nombramientos transformadores?) el que determinase su destino.

tiene un significado más sutil: en vez de dejar la suerte de *Roe* en manos de los visionarios constitucionales, el Tribunal estuvo dominado por unos jueces que se consideraban a sí mismos como unos profesionales distinguidos que ejercían un juicio legal autónomo.

Lo más sorprendente, en esta era burocrática, fue la elocuencia con la que los tres magistrados llevaron a cabo su misión legalista en su famoso dictamen separado. En él insisten en la posibilidad de desarrollar criterios profesionales para determinar si un «cambio a tiempo» es legítimo. Es más, en este tema central hablan en nombre de la mayoría del Tribunal.

El dictamen buscó en los lugares apropiados los criterios legalmente operativos[12]. Según su punto de vista, tan solo dos precedentes «del siglo anterior» podían servir de punto de referencia: el repudio de Lochner en 1937 por parte del Tribunal del *New Deal*, y el rechazo de *Plessy* en 1954 por parte del Tribunal en el caso *Brown v. Board of Education*. La prueba que proponía era muy sencilla: si los oponentes a *Roe* podían establecer una analogía convincente respecto a la situación existente en 1937 o 1954, los tres legalistas Republicanos estaban dispuestos a unirse al grupo de Scalia en otro «cambio a tiempo»; si no, no. Este es, por supuesto, el tipo de aproximación que este libro pretende alentar[13].

El momento de *Casey* era tan importante como su contenido. Solo se necesitaba el voto de uno de los profesionales de Reagan-Bush para crear una mayoría para invalidar *Roe*. Y si esto hubiese sucedido, la elección del presidente Clinton habría generado otra enconada ronda de nombramientos políticos. Dado que tanto el Presidente como el Partido Demócrata estaban comprometidos con la libertad de elección, los nombramientos judiciales de Clinton habrían catalizado una dura lucha en el Senado. Si los candidatos pro *Roe* llegaban al Tribunal (en el primer o en el enésimo intento) el resultado habría sido una década de crisis jurisprudencial, pues una nueva mayoría de 5 a 4 habría invalidado la invalidación que había hecho de *Roe* la mayoría de 5 a 4 de *Casey*, lo que habría llevado probablemente a un intento del Presidente de invertir la inversión [...]. El dictamen del Tribunal frenó esta degeneración hacia una política presidencial normal, y obtuvo peso constitucional precisamente porque procedía de los designados por Reagan-Bush. No fue un jadeo agónico del viejo orden; fueron los profesionales más distinguidos del presente los que declararon que, a diferencia de 1937, las cosas no estaban (todavía) lo suficientemente maduras como para proceder a una ruptura fundamental con el pasado.

---

[12] *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S., 1992, pp. 833, 861-864.

[13] Dado que ya discutí el caso *Brown* y su relación con el caso *Plessy* en el primer volumen de esta serie, *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., cap. 6, aquí me limito a la caracterización que se hace en *Casey* de la situación en 1937.

Esta declaración no pondrá fin –ni debería hacerlo– a la lucha política respecto a la cuestión del aborto. Pero pondrá a los participantes en el debate sobre aviso de que *Roe* será invalidado solo si el movimiento conservador se moviliza con más éxito en la década de 1990 de lo que lo hizo en la de 1980. Con el tiempo, la República estadounidense llevará indudablemente a cabo otro intento exitoso de renovación y redefinición radical, pero esto solo se producirá cuando los Republicanos consigan un apoyo del Pueblo más amplio y profundo del que han conseguido generar hasta ahora.

Poniendo peros a los magistrados

El Derecho constitucional funciona a muchos niveles: como generador de sentido político para el público en general; como conjunto positivo de directrices para políticos y burócratas, y como discurso profesional en marcha para la comunidad legal.

He estado aplazando la contribución de *Casey* hasta el último momento porque es inevitablemente más provisional y porque abre líneas de argumentación para una posterior crítica y desarrollo desde el punto de vista profesional.

En este sentido, tengo problemas con partes del análisis del Tribunal. He aquí lo esencial de su discusión del «cambio a tiempo»:

> Las decisiones de *Lochner* están ejemplarizadas por *Adkins v. Children's Hospital*, en donde este Tribunal considera una violación de la libertad de contrato constitucionalmente protegida obligar a los patronos de mujeres adultas el pago de un salario mínimo estándar. Catorce años más tarde, *West Coast Hotel Co. v. Parrish* representó la muerte de *Lochner* por la invalidación de *Adkins*. Mientras, había llegado la Depresión, y con ella una lección que en 1937 le pareció inequívoca a la mayoría de personas: la de que la interpretación de la libertad contractual que se hace en *Adkins* se basaba en unos presupuestos factuales falsos acerca de la capacidad de un mercado relativamente no regulado para alcanzar unos niveles mínimos de bienestar humano. Como escribió el juez Jackson refiriéndose a la crisis constitucional de 1937 poco antes de entrar en el Tribunal: «En todas partes excepto en el Tribunal se admitía que el viejo orden del *laissez-faire* había muerto». Era verdad, por supuesto, que el Tribunal se había perdido algo debido a su falta de percepción o a su falta de presciencia, y la crisis de la ampliación del número de magistrados solo sirvió para magnificar la pérdida, pero la clara demostración de que los hechos de la vida económica eran diferentes de lo previamente asumido garantizaba el repudio de la vieja ley[14].

[14] *Casey*, pp. 861-862; se omiten las citas.

Esta discusión resta importancia a las preocupaciones de la jurisprudencia a comienzos del siglo XX. La era *Lochner* no se basaba en una simple mala percepción de «los hechos». Primero y sobre todo, tenía que ver con la preservación de los valores, especialmente el valor mismo de la libertad que *Casey* también reafirma[15]. Cuando el Tribunal del *New Deal* repudió *Lochner* después de 1937, estaba repudiando la libertad de mercado como valor constitucional definitivo, y declarando que, en lo sucesivo, la regulación económica sería tratada como una cuestión utilitaria de ingeniería social.

Este cambio de paradigma representa un cambio constitucional de tipo fundamental. Para decirlo con las palabras de Robert Jackson, significa la desintegración del «viejo *mundo* del *laissez-faire*»[16]. Para el jurista constitucional, este mundo estaba formado por una serie de afirmaciones de hecho y de valor entrelazadas que apuntalaban un complejo patrón de doctrinas legales. Cuando Jackson proclamó la «muerte» de dicho mundo estaba haciendo algo más que poniendo peros con unos cuantos hechos, por fundamentales que fuesen. Estaba haciendo lo mismo que al juez Scalia le encantaría hacer hoy: barrer completamente todo el argumentario que había sido predominante en la era precedente.

Si trascendemos la caracterización superficial del Tribunal de la década de 1930, sus semejanzas con la de 1990 se hacen evidentes. Tanto en la década de 1930 como en la de 1990, se pedía al Tribunal que evaluase la perdurabilidad de un mundo constitucional construido durante más de una generación de esfuerzo judicial, ambos mundos dedicados a la protección de una concepción (diferente) de libertad (así como de otros valores). Durante ambas décadas, los jueces se enfrentaron a voces políticas poderosas que denunciaban la legitimidad del mundo establecido y les instaban a dar un margen mucho mayor de libertad a las ramas políticas a la hora de «equilibrar» los diversos intereses en juego. En ambas décadas, se vieron obligados a confrontar la cuestión de si había que dar por muerto al viejo mundo, o si valía la pena preservarlo.

La mayoría apunta a una diferencia más profunda, sin embargo, cuando cita la observación de Jackson según la cual la muerte del *laissez-faire* «era reconocida en todas partes excepto en el Tribunal». Aquí se pone el énfasis en el aislamiento intelectual del Viejo Tribunal, no en sus erróneas conclusiones fácticas. Aún más interesante: cuando los jueces repiten la afirmación de Jackson, corrigen su triunfalismo exagerado: en vez de limitarse a repetir su idea de que la bancarrota del *laissez-faire* era

---

[15] Para unas consideraciones preliminares, véase *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit., caps. 4-6, y mi «Liberating Abstraction», *The University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992, p. 317.

[16] Subrayado añadido.

reconocida en todas partes, se muestran más circunspectos: «Había empezado la Depresión, y con ella la lección que en 1937 parecía incuestionable a *una mayoría*, en virtud de la cual la interpretación [que hacía el Viejo Tribunal] de la libertad contractual se basaba en una serie de presupuestos fácticos fundamentalmente falsos»[17].

Esta formulación más cautelosa está totalmente justificada. Alf Landon obtuvo diecisiete millones de votos en 1936, muchos de ellos de firmes creyentes en la economía moral del *laissez-faire*. Tampoco la «muerte» del *laissez-faire* era reconocida en todos los círculos económicos o filosóficos. Al igual que muchos obituarios de este tipo, el de Jackson era muy prematuro. En vez de despertarse un día para descubrir que el viejo orden había «muerto», el Tribunal Supremo de la década de 1930 tuvo que abordar una cuestión de juicio refutable: ¿era la bancarrota de la jurisprudencia de *Lochner* «incuestionable para la mayoría»?

Esta fue también la cuestión decisiva en 1992, cuando el estatus de *Roe,* y el mundo constitucional que lo hacía legalmente plausible, compareció ante el tribunal. En vez de quitarle importancia al problema, habría sido mejor que los jueces lo hubiesen abordado directamente. ¿Había establecido la presidencia Reagan-Bush, como su predecesor del *New Deal*, la ilegitimidad de *Roe* como «incuestionable a la mayoría» enzarzándose en una larga contienda con el Viejo Tribunal, arrastrando al país y al Congreso en apoyo de un marco legislativo para proteger al feto humano, y protagonizando una serie triunfante de nombramientos judiciales transformativos inaugurando nueva era de interpretación constitucional?

Plantearse esta pregunta es responderla: los jueces pisaban terreno firme cuando distinguían los años Reagan-Bush de los años Roosevelt. La debilidad de sus análisis no debe impedirnos ver la solidez de su juicio. Gracias a *Casey*, el orden institucional al final del mandato de Bush difería radicalmente del patrón surgido después del tercer mandato de Roosevelt, que hizo añicos los precedentes. En vez de que los tres poderes proclamasen el amanecer de una nueva era, los gobiernos de Reagan-Bush se retiran de la escena y el Tribunal Supremo reafirma la necesidad de mantener la continuidad con el pasado constitucional reciente.

Hemos regresado a la política ordinaria. Esto no significa que el Presidente y el Congreso no tengan nada importante que hacer con su tiempo. Aunque ningún partido o movimiento político haya movilizado el apoyo enérgico y sostenido del Pueblo para su causa, quedan todavía muchas cosas en la agenda: equilibrar el presupuesto, garantizar una asistencia sanitaria general, la seguridad social, etc. De modo parecido, el

---

[17] Subrayado añadido.

Tribunal será constantemente llamado a revisitar el pasado mientras trata de preservar los compromisos constitucionales del Pueblo. ¿Cómo integrar los principios de la Fundación, la Reconstrucción y el *New Deal* en un todo convincente que dé sentido a los aprietos del presente? Los jueces razonables propondrán diferentes respuestas, y cabe esperar que las respuestas dominantes evolucionen a medida que sean expuestas a la crítica profesional y a las lecciones de la experiencia práctica. Pero la consigna aquí ha de ser evolución y no revolución. Es erróneo suponer que los jueces pueden jugar un papel de vanguardia cuando el propio Pueblo calla. Ya es suficiente que traten de preservar los logros del pasado de una forma que les haga justicia.

El próximo volumen de esta serie, *Interpretaciones*, tratará de clarificar el reto judicial que se nos plantea. Pero quiero terminar este libro con una serie de reflexiones sobre las lecciones de la producción normativa de carácter superior que podemos sacar de nuestra experiencia reciente. El repliegue desde los años Reagan no debe hacer caer a nadie en la autocomplacencia respecto a la Presidencia. Si bien no puedo predecir la fecha o el motivo, estoy seguro de que algún futuro presidente reclamará una vez más un mandato del Pueblo para proceder a un cambio constitucional radical, y que la ciudadanía, el Congreso y el Tribunal se verán obligados a considerar este llamamiento. Todavía no hemos escuchado la última palabra del Discurso de Franklin Roosevelt del Día de la Constitución.

Cuando llegue ese momento, los años de Reagan-Bush deberán poner en marcha una señal de advertencia, alertándonos de los peligros que acechan en el legado rooseveltiano de los nombramientos judiciales transformativos. De hecho, deberían sugerirnos la necesidad de proceder a una reforma en serio del proceso de producción normativa de carácter superior antes de que nos tome la delantera la próxima Presidencia plebiscitaria.

Tras enumerar las desventajas del sistema rooseveltiano, esbozo una agenda para la reforma. Naturalmente se requerirá tiempo para alertar a la opinión pública de los peligros del *statu quo*, pero nunca es tarde para poner las cosas en marcha.

¿Qué hay de malo en los nombramientos transformadores?

Quiero reanudar una conversación iniciada en 1937. Recuérdese que los críticos más destacados de Roosevelt respondieron al intento de la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo ideado por el Presidente proponiendo una revisión formal del Artículo Cinco. Solamente el «cambio a tiempo» permitió al Presidente y al Congreso poner fin a

la discusión de manera no concluyente. En cuanto el Tribunal empezó a confirmar las leyes-marco del *New Deal*, los políticos pudieron relajarse y dejar que Roosevelt renovase gradualmente el Viejo Tribunal mediante una serie de nombramientos transformativos. Pero a medida que hemos ido acumulando experiencia con el uso y abuso del precedente de Roosevelt, parece cada vez más que sus críticos tenían una idea mejor. La evolución de la práctica tiene graves deficiencias como método de cambio democrático.

El foco legal

En el sistema clásico de la enmienda mediante el Artículo Cinco, la propuesta formal aparece en un momento temprano del proceso. Si bien una declaración de principio textual apenas elimina la ambigüedad y la confusión, sí proporciona un centro de atención para la discusión democrática.

Compárese esto con la estudiada ambigüedad de la práctica moderna. Actualmente, cuando el Presidente hace un nombramiento en el Tribunal, lo hace a la sombra de los precedentes de los años de Roosevelt y de Reagan. ¿Se está embarcando con ello en un intento sistemático de impulsar el derecho constitucional en una nueva dirección? A menudo le saldrá a cuenta negar que alberga esta intención, aunque la tenga, pues habitualmente es más difícil obtener el consentimiento del Senado para un visionario constitucional que para un profesional distinguido.

Previsiblemente, las negativas presidenciales no resultarán convincentes. Los críticos escépticos escudriñarán frenéticamente el historial del candidato en busca de signos reveladores de sus intenciones revolucionarias. En respuesta a ello, los Presidentes propondrán nombramientos «invisibles» que puede que alberguen ambiciones transformativas, pero que sean tan discretos que nunca hayan manifestado estos sentimientos en público.

Aunque el Presidente resista la tentación del nombramiento «invisible» y designe a un candidato que sea un visionario constitucional, la lucha consiguiente por la ratificación puede generar mucho humo. El candidato puede esquivar las acometidas de los críticos mientras estos sacan de contexto sus comentarios. Al final, los verdaderos puntos de vista del candidato pueden perderse entre nubes de retórica. Y podrán diluirse aún más debido a su estilo personal, a su carisma o a sus flaquezas. Una presencia agradable en televisión puede ocultar una visión constitucional poco atractiva. Los oponentes pueden rebajarse a asesinar al personaje, y los temas esenciales en juego se perderán pronto entre los puñados de barro lanzados, solo para resurgir si el candidato consigue finalmente llegar al Tribunal.

El peso institucional

En el sistema clásico, una enmienda tiene que superar una cantidad formidable de barreras institucionales tanto nacional como estatalmente. Comparada con esta carrera de obstáculos, la práctica moderna del liderazgo presidencial resulta relativamente insustancial.

Al formular este juicio, no estoy subestimando los rigores del sistema moderno. Un simple nombramiento transformador no es el equivalente funcional de una enmienda constitucional. Como hemos visto, Roosevelt necesitó muchos nombramientos y muchas elecciones antes de que el Tribunal consolidase la revolución del *New Deal*. Durante los períodos de política ordinaria, un solo partido no puede dominar la Presidencia y el Senado durante el tiempo suficiente para recrear el precedente de Roosevelt. Además, incluso los presidentes potencialmente transformativos a menudo tienen incentivos políticos para nombrar jueces que carecen de una visión constitucional convincente.

Sin embargo, el precedente del *New Deal* puede ser abusivamente utilizado por futuros presidentes con mandatos mucho más equívocos que el de Roosevelt. Al fin y al cabo, el poder de cada presidente para influir en el Tribunal depende de los caprichos de la muerte y de las renuncias. Durante el/los mandato/s de un presidente ideológico que carezca de un apoyo amplio y profundo puede producirse un número significativo de vacantes. Dada la facilidad con la que las batallas por la confirmación senatorial pueden oscurecer los temas subyacentes, es simplemente demasiado fácil para unos presidentes elegidos al azar cambiar radicalmente el derecho constitucional sin el tipo de apoyo popular que requiere la teoría dualista.

Receptividad popular

Cambiar la Constitución cambiando el Tribunal es también menos democrático, especialmente si se tiene en cuenta que el proceso para la obtención del consentimiento senatorial no invita a la participación masiva que requiere un nuevo comienzo constitucional. Piénsese de nuevo en la estipulación del Artículo Cinco según la cual nuestros representantes en Washington solo pueden proponer enmiendas y que se requiere un debate más amplio en los estados antes de que pueda ratificarse la misma. Si bien es posible que los estadounidenses ya no crean que los estados deban tener siempre un veto sobre el cambio político nacional, esto difícilmente implica que las sesiones del Senado proporcionen una alternativa adecuada. Si el Senado es controlado por el mismo partido del Presidente, sus sesiones pueden ser una sonda realmente superficial.

Aunque el control lo tenga otro partido, las sesiones son inadecuadas. Dado que los participantes implicados tienen un escaso conocimiento previo de la vacante y del candidato, no pueden movilizar un debate constitucional sostenido en el país sobre los temas subyacentes. Como mucho, pueden catalizar un arrebato momentáneo de sumo interés tratando de demonizar al candidato centrándose todo lo posible en sus defectos personales. Una vez que empiezan las calumnias, los Senadores estarán ansiosos por poner fin al sufrimiento del candidato votando en un sentido u otro a los pocos meses de la nominación inicial.

Probablemente hay mejores maneras de organizar la participación pública en un proceso de debate y decisión que, con el tiempo, pueda producir cambios decisivos en la doctrina constitucional.

Potencial para la resolución de problemas

Finalmente, el Tribunal Supremo no está simplemente preparado para hacer frente a muchos de los problemas constitucionales de la vida moderna. Si bien los jueces pueden transformar –para bien o para mal– la sustancia de los derechos constitucionales, están muy mal situados para resolver cuestiones de estructura institucional. Si una futura generación de estadounidenses quiere reorganizar la burocracia o las finanzas públicas, o reconstruir los fundamentos del federalismo, estas tareas no pueden llevarse a cabo fácilmente mediante una serie de dictámenes transformativos. Se necesita un conjunto mucho más amplio de herramientas institucionales.

¿Reforma?

Foco legal; peso institucional; receptividad popular; capacidad para la resolución de problemas. Retrospectivamente, es fácil ver por qué estos problemas no afloraron durante la década de 1930. Simplemente, las mayorías obtenidas por el *New Deal* no tenían precedentes en la historia estadounidense, cruzando todas las líneas tradicionales de región, raza e incluso clase. Dado el amplio apoyo que tenía el *New Deal* en el país, el Presidente podía designar abiertamente a una serie de visionarios para el Tribunal sin generar las patologías de los años Reagan-Bush[18]. Tendremos problemas solamente cuando unos presidentes con unos mandatos más débiles utilicen precedentes rooseveltianos como trampolín para la transformación constitucional.

[18] Los artífices del *New Deal*, además, no creían que el derecho constitucional proporcionase una respuesta apropiada a los problemas de la burocracia, las finanzas públicas y la descentralización del poder planteados por el gobierno intervencionista. En consecuencia, no se dejaron impresionar por el planteamiento pobre de la práctica transformadora judicialmente orientada.

Empezaré con una propuesta modesta. Actualmente, una escasa mayoría en el Senado basta para confirmar una selección presidencial. Esta es una barrera muy baja. Una mayoría cualificada de dos tercios reduciría mucho la fuerza del precedente rooseveltiano. Un Presidente ideológico con un mandato débil ya no podría utilizar una exigua mayoría senatorial para imponer una revolución constitucional. Dado que el partido de la oposición casi invariablemente posee una tercera parte de los escaños, el Presidente no puede esperar conseguir su objetivo nombrando a unos visionarios constitucionales, pues estos se verían obligados a consultar con la oposición y a elegir a unos profesionales distinguidos que adoptarían un enfoque evolutivo de la interpretación constitucional. El requisito de una supermayoría ha demostrado su valor en los modernos sistemas europeos; deberíamos tomarnos en serio esta lección al reflexionar sobre nuestra experiencia reciente[19].

Pero podemos y debemos ir más allá. De hecho, el requisito de una supermayoría podría ser contraproducente si se adoptase sin unas reformas más radicales. Tomada en sí misma, mi «modesta» propuesta privaría al Presidente, y a la nación, del único método que ha evolucionado para permitir la expresión del aspecto nacionalista de la identidad constitucional moderna. Pero poniendo fin a la práctica de los nombramientos transformativos dejaría a la nación con las herramientas centradas en los estados que proporciona el Artículo Cinco, herramientas que han demostrado una y otra vez su inadecuación en los grandes momentos decisivos del pasado.

Sea cual sea la debilidad de la práctica actual, sería aún peor retrasar las manecillas del reloj hasta la primera República e ignorar el hecho de que, a consecuencia de las experiencias de la Guerra Civil y de la Gran Depresión, los estadounidenses se ven a sí mismos como ciudadanos de una nación que es más que una federación de estados[20]. Las respuestas no convencionales a estas crisis establecen que las reglas del Artículo Cinco no pueden monopolizar nuestro sistema de producción normativa de carácter superior. Si confiamos ir más allá de la práctica actual, hemos de presentar una alternativa que exprese también la moderna interpretación estadounidense de

---

[19] Véase B. Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, cit., pp. 105-106.

[20] La autointerpretación nacionalista surgida de la Gran Depresión alcanzó una mayor profundidad constitucional después de la Segunda Guerra Mundial y durante la revolución de los derechos civiles. Naturalmente, la experiencia de la guerra total fue muy diferente de la posterior lucha por los derechos civiles, pero la movilización del compromiso cívico durante ambos períodos llevó finalmente a un mismo resultado: una evidente mejora de la valoración típica que hace el ciudadano de la Constitución como expresión de una comunidad característicamente *nacional* que le liga a todos los estadounidenses independientemente del estado en el que vivan. Para profundizar un poco más en estos temas, véase mi libro de 1995, escrito en colaboración con D. Golove, *Is NAFTA Constitutional?*, cit.

que Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos* podemos expresar nuestra voluntad constitucional en un proceso en el que el Presidente desempeñe un papel importante. En vez de ignorar la Reconstrucción y el *New Deal*, el reto es canalizar las interpretaciones nacional y presidencialmente centradas en una mejor estructura de producción normativa.

Empecemos reflexionando sobre el carácter insatisfactorio del precedente rooseveltiano, aunque funcione sin las patologías puestas de manifiesto durante la última década. Imaginemos, por ejemplo, que un futuro Presidente y su partido consiguen una vez más el abrumador y meditado apoyo del país para un cambio fundamental en el curso constitucional; supongamos, una vez más, que el Presidente consigue el consentimiento del Senado para una serie de nombramientos transformativos. Tras una década de liderazgo presidencial sostenido, reforzado por una serie de abrumadoras victorias electorales en el Congreso, un Tribunal Supremo transformado está produciendo felizmente dictámenes históricos que, al igual que *Darby* y a diferencia de *Casey*, se someten unánimemente al nuevo orden constitucional esbozado por las anteriores actividades del Presidente y del Congreso. ¿No hay algo erróneo en este hermoso cuadro?

No quiero parecer quejumbroso: el país podría hacerlo mucho peor ante una próxima gran crisis. Sin embargo, el escenario rooseveltiano asigna un papel demasiado activo al Tribunal Supremo y un papel demasiado pasivo al Presidente, el Congreso y los votantes. Justo cuando los políticos de la Casa Blanca y del Capitolio se están ganando finalmente la autoridad para hablar en nombre del Pueblo, se paran de repente a medio camino y delegan el trabajo de la articulación constitucional al Tribunal Supremo. ¿No sería mejor que el Presidente, el Congreso y los votantes remachasen los principios sobre la base de su propia autoridad antes de que el Tribunal empezase a implicarse?

Este es, al fin y al cabo, el camino tomado por el Artículo Cinco. A tenor de sus procedimientos federalistas, los principales políticos a nivel nacional y estatal remachan una enmienda constitucional en nombre del Pueblo *antes* de que el Tribunal tome cartas en el asunto. Yo creo que Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos* hemos de tener una oportunidad similar, esta vez utilizando actores y procesos que operen exclusivamente a escala nacional. Solo después de proporcionar una alternativa nacional como esta podemos cerrar de una forma responsable el sistema existente de nombramientos transformativos introduciendo el requisito de una supermayoría.

Antes de esbozar mi propuesta afirmativa será útil recapitular las líneas generales del proceso que estamos tratando de regular.

El reto

Durante las fases de política ordinaria, el centro de la política estadounidense lo ocupan los políticos y los partidos que se conforman con modificaciones intersticiales del régimen existente. Hablando de un modo general, la masa de los ciudadanos estadounidenses observa lo que pasa con indiferencia y se conforma con unas formas mínimas de implicación cívica. Si bien hay muchos grupos que se dedican a propiciar reformas fundamentales, todos ellos quieren transformar el sistema de maneras muy distintas, y ninguno de ellos puede reclamar de modo verosímil establecer la agenda para la generalidad de la opinión pública estadounidense.

Esto es lo que cambia durante un momento constitucional. Como resultado de muchas victorias electorales a diferentes niveles, un amplio movimiento de opinión transformativa ha obtenido la autoridad para establecer aspectos importantes de la agenda política.

Pero un momento constitucional no tiene por qué madurar necesariamente en una nueva solución constitucional. El éxito de un movimiento a la hora de organizar una amplia base de estadounidenses para un cambio fundamental solo puede producir un contragolpe por el que, tras considerar una propuesta transformadora, la mayor parte de estadounidenses la rechaza.

Y sin embargo el éxito siempre es posible. La característica de dichos períodos de solución constitucional es una rara convergencia en el lenguaje y en las preocupaciones de los líderes en la capital y de los ciudadanos de a pie en la calle. Los estadounidenses ordinarios ya no contemplan a sus líderes con el escepticismo habitual. La retórica constitucional de Washington resuena en millones de conversaciones en el trabajo, en las sobremesas y en un sinnúmero de contextos sociales.

Y no es que todo el mundo sea feliz con el resultado emergente, pero sí se tiene la impresión, en un sentido amplio y (amargamente) compartido por muchos opositores, de que *el Pueblo ha hablado*.

El reto consiste en diseñar un sistema de producción normativa de carácter superior que exprese estos ritmos característicos de soberanía popular, que se base en las experiencias nacionales articuladas durante la Reconstrucción y el *New Deal* y consolidadas a partir de entonces[21].

[21] Véase mi texto *We the People, I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, cit. capítulos 9 y 10.

La propuesta

Añadamos dos instituciones a la matriz de producción normativa de carácter superior. La primera es la Presidencia: tras una reelección exitosa, el Presidente debería ser autorizado a señalar un momento constitucional y a proponer enmiendas en nombre del pueblo estadounidense.

Una vez aprobadas por el Congreso, dichas propuestas serían enviadas a los estados para su ratificación. Deberían someterse a votación en las dos elecciones presidenciales siguientes y deberían incorporarse a la Constitución si consiguen obtener la aprobación popular.

A diferencia del sistema que prevalece bajo el Artículo Cinco, cada votante será tratado como un ciudadano igual de la nación. Su juicio sobre la cuestión del referéndum no contará más si resulta que vive en Wyoming y no en California. El objetivo es registrar los juicios considerados de Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos*.

Esta propuesta está abierta a muchas variantes interesantes. ¿Deberíamos tal vez insistir en una supermayoría en alguna de las dos elecciones? ¿Deberíamos tal vez impugnar el resultado del referéndum si no acudiese a las urnas a expresar su juicio un número suficiente de votantes? ¿Deberíamos cambiar el número y el momento de las contiendas electorales?

De momento me limitaré a las dos innovaciones básicas –la Presidencia y el referéndum– y en cómo el hecho de combinarlas en un sistema mayor reduce los riesgos asociados a cada dispositivo.

El problema de los referéndums

La política constitucional de la era progresista llevó a la adopción de iniciativas y referéndums en muchos estados. La experiencia nos enseña que estos mecanismos tienen puntos débiles y puntos fuertes[22].

Y lo que es más importante, normalmente resulta muy fácil llevar iniciativas a las urnas. Los votantes se ven regularmente confrontados con largas listas de propuestas nada familiares, y emiten sus votos sobre la base de reacciones precipitadas bajo un auténtico bombardeo de los medios de comunicación. Estas farsas, implacablemente repetidas durante décadas, generan un escepticismo muy fundamentado acerca de las fáciles apelaciones a la soberanía popular. Sean cuales sean sus defectos, los representantes electos están a menudo mejor informados que los votantes normales acerca de los motivos egoístas que se ocultan detrás de unas consignas atractivas;

---

[22] Para una revisión reciente por parte de un destacado académico, véase David Magleby, «Governing by Initiative», *University of Colorado Law Review*, vol. 66, 1995, p. 13.

y tienen muchos incentivos políticos para salvaguardar al público contra la excesiva depredación faccional, incentivos que no se dan cuando el electorado es invitado a emitir un voto simple sobre un asunto complejo.

De todos modos el referéndum mantiene su atractivo democrático en las condiciones especiales de la política constitucional, cuando millones de ciudadanos se han movilizado y asumen la agenda política con una extraña gravedad. El truco consiste en diseñar un mecanismo para poner en marcha el dispositivo en el momento adecuado, durante el período en el que un movimiento ha precipitado un momento constitucional, pero todavía no se ha ganado la autoridad para promulgar una solución constitucional. Durante este crucial período, un referéndum proporciona tanto a los proponentes como a los opositores la oportunidad de defender su punto de vista ante el país de una forma justa y concreta.

Ahora bien, ¿cómo diseñar un mecanismo que desencadene un referéndum en los momentos constitucionales pero no en otros momentos?

Aquí es donde entra la Presidencia. No todos los presidentes deberían tener el poder de convocar un referéndum, ya que muchos llegan al cargo sin tener algo parecido a un mandato claro. Pero nuestra experiencia constitucional sugiere que una segunda victoria presidencial va a veces, no siempre, acompañada de la afirmación de que el Pueblo se trae algo entre manos[23].

El problema con la presidencia

No hay que dejar que los presidentes diseñen referéndums sin ningún tipo de restricciones. Un Presidente con las manos totalmente libres podría utilizar sus propuestas para conseguir una ventaja personal o partidista, en vez de para expresar juicios considerados que podrían en última instancia obtener el apoyo sostenido de la comunidad.

El primer control es obvio: el Congreso tiene que aprobar las condiciones de la propuesta, probablemente por los dos tercios del total de votos. Pero un segundo control es también importante. Llamémosle el control de la prueba del tiempo. Cuando el Presidente y el Congreso actúan, les puede resultar difícil identificar quién será el candidato más probable en la próxima contienda electoral, y aún más difícil quién será el siguiente. Proponiendo una enmienda constitucional, estarán configurando la agenda de las dos próximas campañas presidenciales de forma imprevisible. Las propuestas partidistas pueden acabar siendo un lastre político cinco o seis años más tarde y ser un estorbo para el partido que las apoyó inicialmente.

---

[23] Los Presidentes que han tenido un segundo mandato, como Eisenhower y Clinton, por ejemplo, son de un tipo diferente de Roosevelt y Reagan. Véase la perspicaz tipología establecida por Stephen Skowronek, *The Politics Presidents Make*, cit., p. 36.

La prueba del tiempo coloca a los protagonistas en una posición parecida a la del «velo de la ignorancia» descrito por John Rawls[24]. Teniendo en cuenta la dificultad de calcular las ventajas para su partido, ¿acaso el Presidente y el Congreso no utilizarán su nuevo poder de producción normativa de carácter superior para formular principios que puedan obtener razonablemente el juicio considerado de sus conciudadanos?

Argumentos a favor de la reforma

Tal vez no. Ningún conjunto de reglas puede garantizar que no se cometan abusos. Pero si consigo suscitar el debate, habrá análisis que producirán mejoras en mis propuestas[25]. Incluso el paquete de reformas que yo propongo, tal como está, promete producir mejoras sustanciosas respecto a la práctica actual.

Nombramientos transformativos comparados

Recordemos los cuatro puntos débiles del sistema actualmente existente de liderazgo presidencial mediante nombramientos judiciales transformativos.

Foco legal: Si se exige un voto supermayoritario en el Senado para los candidatos al Tribunal Supremo, los presidentes ya no tienen realmente incentivos para ocultar sus intenciones transformativas seleccionando hábilmente a los candidatos judiciales. Pero si son reelegidos, pueden

---

[24] Véase John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1971, secc. 31 [ed.cast.: *Teoría de la justica*, México DF, FCE, 2006].

[25] Véase Philip Weiser, «Ackerman's Proposal for Popular Constitutional Lawmaking: Can It Realize His Aspirations for Dualist Democracy?», *New York University Law Review*, vol. 68, 1993, p. 907. Este reflexivo ensayo sugiere que sería demasiado arriesgado aceptar mis propuestas sin tomar medidas adicionales para profundizar los fundamentos educativos de la ciudadanía y para controlar el poder del dinero en la política.

Soy muy receptivo a este tipo de crítica; véase, por ejemplo, mi artículo «Crediting the Voters: A New Beginning for Campaign Finance», *American Prospect*, 1993, pp. 71-80, y mi discusión de la educación liberal en *Social Justice in the Liberal State*, New Haven (CT), Yale University Press, 1981, cap. 5. Pero también hay peligros políticos obvios en el hecho de cargar mi iniciativa particular con reformas adicionales. Aunque estas otras iniciativas puedan ser deseables en sí mismas, sería difícil obtener un apoyo político masivo a favor de un paquete de medidas no tan modesto.

La cautela de Weiser sería apropiada si el sistema de producción normativa de carácter superior existente operase satisfactoriamente. Pero no lo hace. Si no se logra canalizar el modelo presidencialista en un sistema más elaborado de referéndums populares, los futuros presidentes ejercerán presumiblemente una presión cada vez mayor sobre la práctica presente de nombramientos transformadores. Si estamos de acuerdo en que este es un camino peligroso, lo más inteligente es centrarse en mejoras alcanzables y no querer apuntar demasiado alto.

No niego que mi propuesta comporta algunos de los riesgos que identifica Weiser, pero estos parecen menos graves que los peligros muy evidentes que presenta el sistema presidencialista existente.

expresar abiertamente sus objetivos constitucionales de una forma que invite a un apoyo y una disidencia concretos.

Peso institucional: En vez de colar unos cuantos candidatos «invisibles» a través del Senado, el Presidente verá controladas sus ambiciones transformativas por la totalidad del Congreso y por la ciudadanía en general.

Receptividad popular: Los oponentes al Presidente no tendrán necesidad de movilizar a sus partidarios en una serie de campañas *ad hoc* y *ad hominem* en contra de unos candidatos concretos al Tribunal Supremo. Estarán sobre aviso para organizar una lucha larga y difícil por los corazones y las mentes de los estadounidenses, puntuada por dos referéndums programados. Sus ataques mordaces y constantes a las propuestas del Presidente, además, requerirán una defensa movilizada por parte del movimiento político ascendente, lo que llevará a un tipo de juicio considerado que la Constitución estadounidense tiene como objetivo articular y apoyar.

Potencial para la resolución de problemas: Las enmiendas constitucionales son herramientas que pueden desplegarse para abordar cuestiones institucionales y estructurales que hayan escapado al serio control del Tribunal Supremo durante el período moderno.

El sistema clásico comparado

Mi propuesta tiene un gran parecido con el sistema clásico descrito por el Artículo Cinco. Del mismo modo que el procedimiento existente, el nuevo procedimiento invita al movimiento pro reforma a formular propuestas en el estilo lapidario de una enmienda constitucional; permite a las instituciones ordinarias del gobierno nacional proponer, pero no ratificar, la iniciativa; y requiere que las instituciones nacionales den prueba de un grado extraordinario de seriedad antes de poder presentar una propuesta al pueblo.

Precisamente debido a estas semejanzas, mi propuesta pone de relieve el problema básico con el *statu quo*: la falta de concordancia entre la identidad constitucional moderna y las formas clásicas de enmienda constitucional. Los estadounidenses modernos ponen su identidad nacional en un lugar central y esperan que la Presidencia asuma un papel destacado en el proceso de articular el futuro de la nación. El sistema clásico pone el federalismo en el centro y asume el liderazgo de la asamblea sobre el proceso. No es casual, por consiguiente, que la mayoría de estadounidenses consideren el Artículo Cinco como un mecanismo anticuado y engorroso más que como un instrumento poderoso de redefinición constitucional. Si dispusiésemos de un nuevo sistema que hiciese posible la expresión del aspecto nacionalista de la identidad moderna, la existencia misma del sistema renovaría un sentido práctico de la eficacia de la soberanía popular.

Considérese, por ejemplo, cómo el antiguo sistema federalista dio curso a la Enmienda sobre Igualdad de Derechos. Por un lado, el Artículo Cinco merece una alta puntuación por la forma en que generó una conversación política seria entre el movimiento feminista y sus críticos mientras la propuesta era considerada en los estados. Por otro lado, nos ha enseñado una vez más lo peligroso que es permitir que el veto de una minoría de estados sofoque la producción normativa de carácter superior de este país. Si bien la campaña a favor de la Enmienda sobre Igualdad de Derechos generó un juicio más profundo y más considerado, el resultado fue una fuerte mayoría nacional sistemáticamente favorable a la misma. En vez de llevar a una idea renovada por parte de los estadounidenses de que el Pueblo *puede* autogobernarse, el resultado fue una sensación frustrante de que las formas federalistas habían sofocado de algún modo el juicio meditado de la mayoría nacional. Esta frustración, a su vez, alimentó la fijación en el Tribunal Supremo como foro alternativo para el cambio constitucional; en vez de tratar una vez más de acabar con un sistema de producción normativa de carácter superior que no está en sintonía con la autopercepción nacional, ¿no es mucho más importante asegurarse de que unas feministas serias y responsables accedan al Tribunal Supremo?

Utilizo la Enmienda sobre Igualdad de Derechos como ejemplo porque es el único caso reciente en el que un movimiento popular ha superado un obstáculo inicial para proponer una enmienda constitucional. Pero ha de quedar claro que mi reforma hace posible que tanto los movimientos conservadores como los liberales presenten su caso a la nación. Si bien muchos de ellos, en ambos lados del espectro, pierden el referéndum crucial, el ejercicio mismo revigoriza la soberanía popular en Estados Unidos.

Nosotros, el Pueblo, podemos reivindicar nuestro poder para reescribir la Constitución de una forma que hace posible expresar nuestras modernas identidades constitucionales. Podemos convertirnos en dueños de nuestra propia casa si, como hicieron los Federalistas, tenemos el coraje de revisar las reglas de la producción normativa de carácter superior para expresar los ritmos en evolución de la política constitucional.

La iniciativa para la soberanía popular

¿Seguirá pronto esta dirección la agenda política? Ciertamente, hay signos de insatisfacción con la política ordinaria, y una tendencia creciente a buscar el cambio estructural: esfuerzos recurrentes para reformar la financiación de las campañas electorales, el reciente movimiento en pro de la limitación de los mandatos de los congresistas. Y ciertamente hay una amplia expresión de descontento acerca del proceso de designación

y nombramiento de candidatos al Tribunal Supremo. Pero la mayoría de los políticos todavía no han remontado el problema a sus raíces en nuestro obsolescente sistema de producción normativa de carácter superior[26].

Tal vez esto es lo mejor, ya que los juristas apenas están empezando a afrontar el problema. Es posible que dentro de unos cuantos años los constitucionalistas tengan una idea más clara de la variedad de alternativas plausibles para la reforma. Al mismo tiempo, el descontento popular con las estructuras existentes puede madurar hasta convertirse en un amplio reconocimiento de su fuente en la obsolescencia de nuestro sistema de producción normativa de carácter superior. A las puertas del siglo XXI, los políticos tienen que estar preparados para hacer preguntas sagaces, y los profesionales del derecho tienen que estar preparados para darles respuestas serias. Debo admitir que este es un escenario optimista, pero cosas más extrañas se han visto en la vida de la República.

No es demasiado pronto, entonces, para iniciar la discusión en un segundo nivel. Con este propósito, asumiremos que se verifica una valoración creciente de la necesidad de hacer reformas. Los grupos políticos más responsables proponen seriamente revisar el sistema existente de liderazgo presidencial. ¿Cómo han de proceder para promulgar sus reformas en el marco de la norma superior?

Podrían, naturalmente, proceder siguiendo la senda marcada por el Artículo Cinco. En igualdad de condiciones, esta es la mejor forma, ya que apela a la parte más propensa a las normas de la comunidad legal y del público en general. Pero, como habrá notado el lector, nuestro sistema de producción normativa de carácter superior ya no está gobernado por la norma de las normas, si es que lo ha estado alguna vez. Es una ley de principios, prácticas y precedentes. Y estas fuentes de la ley sugieren que en el presente caso es apropiado mirar más allá de las normas.

El problema es familiar: el federalismo, el mismo problema que llevó a los estadounidenses, tanto durante la Reconstrucción como durante el *New Deal*, a ir más allá del Artículo Cinco. Una Enmienda sobre la Soberanía Popular pediría a las tres cuartas partes de los estados que cediesen su monopolio formal sobre el cambio constitucional. Esto es algo que los políticos de los estados muy probablemente rechazarían, pero no porque sean ciegos al hecho de que la mayoría de estadounidenses son primero estadounidenses, y después ciudadanos de Nevada o de Rhode Island. Los políticos estatales son parte interesada.

Los precedentes aplicables no requieren que los reformadores interpreten el juego legislativo de una forma tan dramáticamente sesgada contra

---

[26] Pero véase Jack Kemp, *American Renaissance*, Nueva York, Harper & Row, 1979, pp. 187-189.

ellos. En vez de tener como objetivo una enmienda al Artículo Cinco, el vehículo del cambio constitucional debería ser una ley especial que calificaré de Iniciativa para la Soberanía Popular. Propuesta por un Presidente en su segundo mandato, esta iniciativa tendría que ser sometida al Congreso para la aprobación del mismo con dos tercios de los votos, y posteriormente al voto de los electores en las dos siguientes contiendas presidenciales. Una vez pasadas estas pruebas, el Tribunal Supremo debería darle el estatus de ley constitucional.

El dictamen del Tribunal debería seguir la argumentación presentada en este libro. Citando el caso *Coleman v. Miller*, debería explicar que el Artículo Cinco no ha conseguido acomodar el aspecto nacionalista de nuestra identidad constitucional desde la Guerra Civil, lo que ha llevado a la proliferación de análogos de enmienda durante la Reconstrucción, y a simulacros de enmienda después del *New Deal*. Si bien el Tribunal facilitó este proceso en *Ex parte McCardle* y en *Coleman v. Miller*, así como en sus históricos dictámenes de la década de 1940, este ejercicio en curso de adaptación creativa ha tenido su coste, concretamente el de la hiperpolitización de las nominaciones para el Tribunal Supremo en la República Moderna. En vez de oponer resistencia a la complementación del Artículo Cinco mediante la Iniciativa para la Soberanía Popular, el Tribunal tendría que acogerla con alivio. Tras más de un siglo de lucha, Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos* hemos conseguido dar una estructura formal a nuestras capacidades de producción normativa de carácter superior, una estructura análoga a las utilizadas por el Artículo Cinco para expresar la voluntad constitucional de Nosotros, el Pueblo de los *Estados* Unidos.

Dudas jurisprudenciales

¿No hay algo curioso en esta propuesta? Este libro ha dedicado capítulo tras capítulo a exponer la inadecuación de las normas legales a la hora de regular los grandes movimientos del derecho constitucional. Habiendo recorrido este camino, ¿no es extraño terminar pidiendo más normas?

¿Por qué el formalismo?

Pero no hay ninguna paradoja aquí. Una cosa es decir que las normas no han tenido una importancia fundamental, y otra decir que no tienen ninguna importancia. Tomadas en sí mismas, las normas son entidades sin vida, marcas sobre papel que ni controlan ni limitan. Una vez situadas en un entorno de principios, instituciones y precedentes, pueden desempeñar un papel secundario pero útil.

Como en nuestro caso particular. Sin una cierta dosis de normatividad, la dinámica del liderazgo presidencial pone en peligro principios básicos de la soberanía popular. Colocando a la presidencia en una estructura mejor no solo minimizamos los peligros sino que obtenemos ciertas ventajas asociadas generalmente con las formas legales. En primer lugar, y de forma obvia, está la cuestión del preaviso. Con la Iniciativa para la Soberanía Popular sobre la mesa, las futuras generaciones tendrán una noción más clara de los pasos que se deben dar para hablar en nombre del Pueblo mediante un proceso centrado en la nación. Y lo que es igual de importante: los opositores sabrán lo que pueden hacer para frustrar las pretensiones de los reformadores. El preaviso tenderá a legitimar los procedimientos a ojos de todos los implicados.

Especialmente, y este es el segundo punto, si tenemos en cuenta que el sistema de la Iniciativa no habrá sido diseñado por ninguno de los actuales antagonistas. Aunque las normas acaben teniendo defectos y carencias, estos al menos no habrán sido causados por un intento partidista de manipularlos para sacar de ellos beneficios inmediatos.

Tercero, las normas facilitarán que los juristas identifiquen, a posteriori, *cuándo* se produce una solución constitucional positiva, y *cuál* es su significado. Si bien el actual sistema de dictámenes transformativos ha funcionado bastante bien durante medio siglo desempeñando estas funciones, los marcadores concretos proporcionados por un nuevo formalismo pueden ser útiles de vez en cuando.

Nada de esto sugiere que la Iniciativa para la Soberanía Popular proporcione una solución definitiva al problema de la adaptación constitucional. Ademas de beneficios, el formalismo tiene unos costes. Puede llegar un momento en que surja un movimiento que considere las formas que proporciona la Iniciativa para la Soberanía Popular tan poco amistosas como las que proporciona el Artículo Cinco, *y sin embargo el Pueblo será escuchado*. El reto, una vez más, será proceder no convencionalmente y de una forma que permita poner a prueba seriamente las pretensiones del nuevo movimiento y que conciba unos medios creíbles para registrar sus soluciones constitucionales si estas obtienen un respaldo sostenido y considerado.

Pero el hecho de que las normas no puedan dar respuesta a este reto definitivo no significa que no puedan dársela al reto particular que aquí nos ocupa. Uno de los motivos de que termine el libro con esta nota formalista es mi deseo de poner de relieve la importancia de utilizar *todos* los recursos de la interpretación legal si es que los constitucionalistas quieren mantener la democracia dualista.

Más allá del realismo

Pero de hecho, conviene insistir en ello, todavía no he abordado realmente la verdad de las reglas, una verdad que ha sido grabada en nuestra conciencia constitucional ni más ni menos que por Franklin Roosevelt:

> Y recuérdese una cosa más. Aunque una enmienda sea aprobada y aunque con el tiempo llegue a ser ratificada, su significado dependerá del tipo de magistrados que tenga el Tribunal Supremo. Una enmienda, como el resto de la Constitución, es lo que los magistrados dicen que es y no lo que sus impulsores o cualquiera de nosotros creemos que es[27].

Esta charla al calor del fuego, en plena crisis de la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo, contó una verdad realista al pueblo estadounidense. En la medida en que nos aferremos a esta verdad, mi iniciativa en pro de la soberanía popular parecerá incorregiblemente ingenua. ¿Por qué molestarse en modernizar el sistema formal de producción normativa de carácter superior cuando los magistrados pueden hacer lo que quieran con cualquier enmienda?

Pero la Iniciativa no solo incluye un nuevo sistema de producción normativa de carácter superior; también contiene una propuesta que requiere una supermayoría en el Senado para la confirmación de los nuevos magistrados.

Esto, según el realista, es todavía peor, especialmente si consigue alentar el nombramiento en el Tribunal de profesionales rigurosos, profesionales que se tomarán en serio la tarea de la interpretación constitucional. Para el realista convencido, estos pobres diablos son víctimas de la falsa conciencia. No existe la interpretación legal como algo distinto de la preferencia política: «Todo es política». Los magistrados que niegan esta máxima están ciegos. Al menos aquellos que celebran el carácter esencialmente político de la sentencia no suprimen los únicos impulsos que pueden servirles de guía[28].

En suma: aunque mis reformas cumplieran su objetivo, no harían más que aumentar la presencia de almas en pena en la judicatura y nuevos formalismos vacuos en el texto. ¿Es esto un progreso?

* * * * *

---

[27] S. I. Rosenman (ed.), *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, cit., 1937, p. 132.
[28] Véase Thurman W. Arnold, *Symbols of Government*, New Haven (CT), Yale University Press, 1935, y Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Brentano's Publishers, 1930.

Sí, pero solo si tenemos la fuerza de cuestionar las banalidades realistas del pensamiento legal contemporáneo. Cuando Roosevelt utilizaba una retórica realista lo hacía como parte de una batalla más amplia librada en nombre del Pueblo contra el constitucionalismo del *laissez-faire*.

Pero durante los últimos cincuenta años el realismo se ha convertido en una apología del *statu quo* constitucional. En vez de permitirnos considerar alternativas al sistema de nombramientos transformativos, se mofa de la noción misma de que los jueces tengan la obligación de dar sentido a unos textos autorizados. Una vez concedida esta premisa realista, la noción misma de que el Pueblo pueda impartir órdenes de marcha a su gobierno es excluida a priori: dado que los jueces harán política con cualquier texto, la única forma de cambiar la Constitución es cambiar a los jueces. El camino alternativo, descrito por mi Iniciativa, es simplemente una ilusión.

Asistimos así a una de esas clásicas profecías que acarrean su propio cumplimiento: cuantos más juristas y jueces crean en el realismo, más reivindicarán sus predicciones haciendo política y más evidente será que el gobierno del Pueblo es un imposible anacronismo.

Por otro lado, otro punto de vista es posible: cuanto más en serio se tome la interpretación la comunidad legal, más alentará a los estadounidenses a iniciar el arduo viaje por la senda formal de la producción normativa de carácter superior, con la esperanza de que los jueces mantendrán sus compromisos textuales mucho tiempo después de que los reformadores hayan abandonado la escena de la lucha política.

¿Cómo responderán, pues, juristas y jueces? ¿Con más realismo o con un mayor compromiso respecto a la interpretación?

Si bien los interpretativistas han lanzado una contraofensiva jurisprudencial durante la última década[29], la misión que me he propuesto aquí es muy diferente. Aunque el concepto de interpretación es ciertamente susceptible de elaboración abstracta y de defensa filosófica, los jueces y los juristas no viven en una abstracción, sino en medio de los conflictos muy concretos del presente. En última instancia, la única forma en que los interpretativistas pueden resultar convincentes es proporcionando interpretaciones concretas del pasado constitucional, e instando a otros a participar en el intento de dar sentido a unos textos autorizados y a los precedentes de nuestro pasado.

No siempre nos gusta lo que vemos. En el momento en que este proyecto tomaba forma, durante la década de 1980, parecía probable que *We the People* sería publicado en el mismo momento en que los jueces

---

[29] Véase, especialmente, R. Dworkin, *Law's Empire*, cit.

Scalia, Bork y otros estarían proclamando el amanecer de un nuevo orden constitucional. Como liberal comprometido con la justicia social, no me complacía la perspectiva de hacer el juego a la revolución reaganiana.

De todos modos, estaba decidido a publicar mi libro. La Constitución no es propiedad exclusiva de quienes comparten mi política. Afecta a todos los estadounidenses, conservadores y liberales, en su intento de encontrar un lenguaje y una práctica comunes para expresar –y a veces para resolver– discrepancias. Elaborando este lenguaje y esta práctica, los abogados constitucionales no están haciendo nada mejor ni peor que los políticos; están haciendo algo simplemente diferente.

Naturalmente, sería terrible que todo el mundo dedicase su tiempo a preocuparse por el significado del pasado constitucional a expensas de la posibilidad de crear un futuro mejor. Pero no hay mucho peligro en ello. Los estadounidenses no han sido nunca excesivamente propensos a mirar hacia atrás, y esto no va a cambiar en la época del ordenador. Si la República ha de conservar su memoria constitucional, deberá seguir confiando fuertemente en sus juristas y en sus jueces.

Durante la década de 1980 esto significaba que yo no iba a unirme a mis colegas liberales en el campo de la polémica constitucional, fustigando al Tribunal de Rehnquist y a todas sus obras, e insistiendo en que el Tribunal de Warren había dado de una vez por todas con el verdadero sentido de la Constitución. En vez de tratar la revolución reaganiana de un modo presentista, les debía a mis conciudadanos poner a prueba los años de Reagan confrontándolos con unos parámetros constitucionales relevantes, en particular con los años de Roosevelt. Y si los reaganianos hubiesen conseguido ponerse a la altura de los precedentes de Roosevelt, estaba decidido a decir la verdad a mis conciudadanos, por penosa que esta verdad fuese para mí.

Pero resulta que la historia no me ha obligado a pasar esta prueba de amistad cívica. Nos guste o no, el último momento constitucional ha fracasado. Hemos vuelto a la política ordinaria. Tal vez dentro de un par de décadas una nueva generación de conservadores conseguirá convencer al pueblo estadounidense de que cumplirán la promesa de la revolución reaganiana; o tal vez serán los liberales los que se impongan de nuevo y avancen decisivamente hacia la justicia social; o tal vez un movimiento radicalmente nuevo podrá hacer oír su voz en el ámbito de la producción normativa de carácter superior desplazando el eje establecido derecha/izquierda de la opinión política actual.

Pase lo que pase, la tarea de los abogados constitucionales será juzgar al nuevo movimiento con los parámetros del pasado, y decir la verdad del mejor modo posible a sus conciudadanos. La promulgación de una

Iniciativa para la Soberanía Popular aligeraría esta carga. Sancionando la pauta del liderazgo presidencial, los abogados tendrían más fácil juzgar en qué momento la excitada retórica de la política constitucional podría afianzarse dentro de los contornos de un nuevo derecho constitucional.

Pero, como es probable que suceda, aunque la Iniciativa para la Soberanía Popular no llegue a concretarse, seguiremos teniendo la obligación ante nuestros conciudadanos de confrontarnos con los precedentes de producción normativa del pasado. Dichos precedentes son no convencionales, pero proporcionan la clave para entender por qué los estadounidenses han sabido mantener el autogobierno durante más de dos siglos. Los juristas estadounidenses de la próxima generación pueden prescindir de esta clave en nombre de un falso realismo que niega la importancia central del pasado en la formación de la conciencia legal.

Pero nosotros también tenemos la posibilidad de recordar el pasado con un sentido renovado de las verdades revolucionarias que contiene, y podemos retar a nuestros conciudadanos a continuar el proyecto de renovación y de redefinición popular ante las crisis que se avecinan.

OBRAS FRECUENTEMENTE CITADAS

Edmund C. Burnett (ed.), *Letters of Members of the Continental Congress*, 1936.

Congressional Globe [formato de la cita: Congress, Session *CG*, año, página.]

Congressional Record [formato de la cita: *CR*, año, página.]

Merrill Jensen (ed.), *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, 1976.

Jonathan Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, 2ª ed, 1854.

Bruce Ackerman, *We the People: Foundations*, 1991.

Samuel Rosenman (ed.), *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, 1938-1950.

Charles C. Tansill (ed.), *Documents Illustrative of the Formation of the Union of American States*, 1927.

James Richardson (ed.), *Messages and Papers of the Presidents*, 1898.

Max Farrand (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, ed. rev., 1937.

Arthur Schlesinger (ed.), *History of American Presidential Elections*, 1971.

Francis Thorpe, *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws*, 1911.



